النكاح

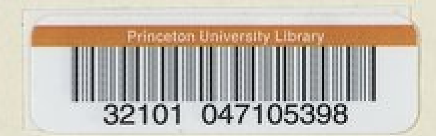
فى شرح شرايع الاسلام

للشيخ الاجل ابى القاسم نجم الدين المحقق المدقق الامام العلامة

جعفر بن يحيى بن سعيد (قدس سره)

المتوفى ٦٧٦

لمؤلفه: صادق الخلخالى


Princeton University Library
32101 047105398

Khalkhali

النكاح

فى شرح شرايع الاسلام

للشيخ الاجل ابى القاسم نجم الدين المحقق المدقق الامام العلامة

جعفر بن يحيى بن سعيد (قدس سره)

المتوفى ٦٧٦

لمؤلفه : صادق الخلخالى

مشخصات کتاب

نـام النکاح

مؤلف صادق‌خلخالی

تیراژ ۱۰۰۰ نسخه

تاریخ پائیز ۱۳۶٤

چاپ مهر قـم



بسمه تعالی

مقدمه

بعد الحمدوالصلوه ایها القارئ الکریم والطالب للحقایق ان ماکتبناه فی هذا المختصر الراجع الی بعض مسائل النکاح قد هممنا علیه قبل عشرین سنه التی کانت الامته الاسلامیه والجماعات المؤمنه والطلاب العلوم وروادالعلم وحمله الدین تحت ضغط شدید من الامپریالیه العالمیه وعمیلهم فی ایران محمدرضاالخائن ولقد کتبناه مع عدم الوسائل واحیانا فی بعض المواقع مع الاضطراب والتقیه ولله الحمد لقد غیرالحال الغاشم الی الحکومه الاسلامیه فی الجمهوریه الاسلامیه الایرانیه بید قائدها العظیم المرجع الاعلی الدینی والسیاسی ومؤسس الثوره الاسلامیه آیه الله العظمی الفقیه المجاهد استادنا الامام الخمینی حفظه الله تعالی عن البلایا والحدثان ماجاوز الابردان ولقد غیرالجووارتفع الظلام ولعل مع ملاحظه الامکانات والافکارالحره لابدان نکتب شیئا غیر ماکتبناه ونختار غیر مااخترناه والعذر عندکرام الناس مقبول والتغیر فی الفکر یوما فیوما" بل لحظه بعدلحظه ملموس

ونسئل الله تعالی ان یوفقنا لمرضاته ودراسه فقهه وآیاته والله تعالی هو المسدد فی کل آن وهوالمستعان فی کل مکان ـ کتبه المفتقر الی غفران ربه الکریم ـ صادق ـ خلخالی

۶۴/۴/۱۰ المطابق ۱۲شوال ۱۴۰۵

فی احکام التزویج فی العده

بسم الله الرحمن الرحیم

وبعد الحمد والصلوه ـ لابد من البحث فی مسائل علی طبق شرایع الاسلام اذا وافقنا التوفیق انشاء الله تعالی.

(المقصد الثانی)

فی مسائل من تحریم العین وهی ستته الاولی من تزوج امراه فی عدتها عالما" حرمت علیه ابدا" وان جهل العده والتحریم ودخل حرمت ایضا ولو لم یدخل بطل ذلک العقد وکان له استینافه والمسلم بین الاصحاب عدم جواز نکاح المراه دائما ولا متعه فی العده رجعیه کانت او بائنته عده وفاه اوغیرها من الدائم اوالمنقطع من دون خلاف فی ذلک بل ادعی الاجماع محصلا" ومنقولا علی ذلک ویدل علیه قوله تعالی (ولا تعزموا عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله البقره آیه ۲۳۵.

فان النهی عن العزم یستلزم عرفا" النهی عن النکاح نفسه فالتعبیر فی الایه مثل قوله لاتقل لهما اف المتفاهم منه حکم الضرب بالاولویه وکذا المقام فان النهی عن العزم کنایه عن نهی نفس النکاح والامر بالعزم علی الامر والنهی عنه یفهم منه توجه الخطاب علی نفس الفعل دون العزم والقصد الصرف ـ فالایه لا تدل علی حرمه العزم کما فی الجواهر بل یستفاد منها حرمه النکاح والمراد من العزم القصد والاراده لا الفعل المعزوم علیه مجازا" لکن

النهي عن العزم كنايه عن النهي عن النكاح ومن المعلوم عدم حرمه القصد او اراده نكاح الغير والميزان في تشخيص المراد هو المتفاهم العرفي فانهم يفهمون من الايه حرمه النكاح وان لم يحرم ذات العزم اصلا".

واباحه العزم على نكاح الغير مما لاريب فيه وذلك لاباحه العزم على النكاح بالاجماع وبقوله تعالى (ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبه النساء اواكننتم في انفسكم علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لاتواعدوهن سرا" الا ان تقولوا قولا" معروفا") بقره ۲۳۵- فان الاكنان في النفس بمعنى الاضمار وهو يرادف العزم مع ان رفع الجناح عن التعريض يستلزم اباحه العزم والتعريض بدون القصد لايلائم عرفا والعزم على النكاح ولوبعد رفع المانع وخروج العده لايستلزم حرمه العزم نفسه من دون عقد النكاح ولا يبعد تقييد الاكنان بمابعد العده ايضا لكن التعريض الصرف مما لم يقل احد بحرمته بعد صراحه الايه ولوكان التعريض او العزم قبيحا" عرفا.

والعزم والتعريض قديستتبعان التزويج كما اذا تزوج في عده الغير عالما" بذلك وكما اذا تزوج زوجه الغير عالما بذلك وقد لايستتبعان فمنه يعلم ان التصريح بجواز العزم على النكاح في العده مع التحريم والمنع عنه شرعا لايوجب كونه سفها و عبثا لتعلق غرض العقلاء بذلك وان التعريض بالنكاح في العده او في صوره كونها في حباله الغير لايلازم القصد الى ايقاع النكاح بعد

العده کما عن الجواهر والعزم علی الاباحه بعد العده لا یلازم الحرمه حین العده وحین الزواج .

فمن تزوج امراه فی عدتها عالما" بالحکم او الموضوع عامدا" حرمت علیه ابدا وکذا ان جهل العده والتحریم او احدهما و دخل بها قبلا اودبرا" حرمت علیه ایضا ولو لم یدخل بها بطل ذلک العقد وکان له استینافه بعد انقضاء العده من دون خلاف فی ذلک کله و ادعی الاجماع نقلا وتحصیلا" علیها والاخبار به مستفیضه .

کما فی خبری زراره وداود بن سرحان الاتیین وفی خبر ادیم بیاع الهروی یتزوج المراه فی عدتها وهو یعلم (لاتحل له ابدا" – وفی خبر آخر کالصحیح اذا تزوج الرجل المراه فی عدتها ودخل بها لم تحل له ابدا" عالما" کان اوجاهلا وان لم یدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للاخر .

وفی صحیح عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی ابراهیم سالته عن الرجل یتزوج المراه فی عدتها بجهاله اهی ممن لاتحل له ابدا" فقال لا اما اذا کان بجهاله فلیتزوجها بعدما تنقضی عدتها وقد یعذر الناس فی الجهاله بما هو اعظم من ذلک فقلت بای الجهالتین اعذر بجهالته ان یعلم ان ذلک محرم علیه ام بجهالته انها فی العده فقال احدی الجهالتین اهون من الاخری الجهاله بان الله حرم ذلک علیه وذلک بانه لایقدر علی الاحتیاط معها فقلت فهو فی الاخری معذور قال نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور فی ان یتزوجها فقلت فان کان احدهما متعمدا" والاخر بجهل فقال الذی تعمد لایحل

له ان یرجع الی صاحبه ابدا".

وفی صحیحه الحلبی الاتیه عن الصادق علیه‌السلام قال سالته عن المراه الحبلی یموت زوجها فتضع وتزوج قبل ان تمضی لها اربعه اشهر وعشرا" فقال انکان دخل بها فرق بینهما و لم تحل له ابدا" واعتدت مابقی علیها من الاول واستقبلت عده اخری من الاخر ثلاثه قروء وان لم یکن دخل بها فرق بینهما واعتدت بمابقی علیها من الاول وهو خاطب من الخطاب ونحوه موثق ابن المسلم عن ابی جعفر علیه‌السلام وفی موثق اخر سالته عن رجل تزوج امراه فی عدتها قال یفرق بینهما فلاتحل له ابدا وان لم یکن دخل بها فلاشیی لها من مهرها والحکم مسلم کمافی روایه ابی ابراهیم وخبر حمران ولانطیل المسئله وتتمه البحث فی التزویج فی العده کماسیاتی عن قریب.

(الثانیه) اذا تزوج فی العده ودخل فحملت فان کان جاهلا" لحق به الولدان جاء لسته اشهر فصاعدا" منذ دخل بها وفرق بینهما ولزمه المسمی وتتم العده للاول وتستانف اخری للثانی وقیل یجزی عده واحده ولها مهرها علی الاول ومهرعلی الاخران کانت جاهله بالتحریم ومع علمها فلامهرانتها.

فلابدمن البحث فی مقامات الاول فی لحوق الولد بالاول او بالثانی اوالقرعه احتمالات اذاکان فی المدت التی یمکن ان یلحق بکل منهما کمااذاتجاوزعن وطی الثانی سته اشهر و لم

یتجاوزعن وطی الاول اقصی الحمل واما اذا لم یتجاوزعن وطی الثانی اقل الحمل کان مضی منه خمسه اشهر فلایلحق بالثانی قطعا " و مع عدم تجاوزاقصی الحمل من وطی الاول یلحق به ومع التجاوزلایلحق به ایضا " کما هوظاهر هذاکله فی صورت الشک .

واما مع الاطمینان بواحدمن الطرفین من الوثوق بقول الاطباء والمتخصصین یحکم باللحوق بماحکموا مع حصول الطمانینه منقولهم والظاهر عدم وجدان القائل باللحوق بالاول فی صوره الا شتراک بدون القرعه بل القول به دائرمدارالقرعه کماعن الشیخ فی المبسوط اوالالحاق بالثانی کماهومقتضی الاخبار وعن العلامه فی القواعدوالمحقق فی المقام هوالالحاق بالثانی مع تردد هما فی المسئله فی باب الوطی بالشبهه .

ومن الواضح جدا " عدم تغییر فتواهما مخصوصا المحقق قده بعد عدم التجاوز عن البحث الاول بصفحه اوصفحتین فالظاهر ان فتواهما هوالفتوی فی تلک المسئله مع کون الدلیل علی المسئله روایات من جملتها صحیحه جمیل فی المقامین معا فاسناد تغییر الفتوی الیهما فی غایه الضعف .

وکیف کان یدل علی الالحاق بالثانی روایات

منها صحیح جمیل بن دراج بسندالصدوق - فی المراه تتزوج فی عدتها قال یفرق بینهما وتعتد عده واحده منهما فان جائت بولدلسته اشهرا واکثر فهوللاخیروان جائت بولدفی اقل من سته اشهرفهوللاول .

ومنها محمدبن یعقوب عن محمدبن یحیی عن احمدبن محمدعن ابن محبوب عن ابن رئاب عن الحلبی فی الصحیح عن ابیعبد الله علیه السلام قال اذاکان للرجل منکم الجاریه یطائها فیعتقها فاعدت ونکحت فان وضعت لخمسه اشهر فانه من مولاها الذی اعتقها وان وضعت بعدما تزوجت لستته اشهر فانه لزوجها لاخیر.

ویحتمل قویا ان یستظهر من هذه الروایه ان الولد بعد تجاوز ستته اشهر من الوطی والازدواج الصحیح یحکم به انه للثانی من باب صدق الفراش والولد یلحق بالفراش فی صورت الشک بخلاف الروایه الاولی التی فرض وقوع التزویج فی العده لانتقاء الفراش واقعا مع کون الوطی عن شبهه والحاق الولد انما هولاجل التعبد الشرعی وکون الوطی صحیحا من طرف الجاهل .

ومنها ماروااه فی التهذیب عن البزنطی عمن رواه عن زراره قال سالت اباجعفر عن الرجل اذا طلق امراتا ثم نکحت وقدا عتدت ووضعت لخمسه اشهر فهوللاول وان کان ولدا " ینقص من ستته فلا مه ولابیه الاول وان ولدت لستته اشهرفهوللاخیر.

هذه الروایه کسابقتها یمکن ان یکون الحکم فیها بکون الولد للثانی من جهه الفراش والتزویجا لصحیح فمع انتفاء الفراش من الطرفین اومن طرف واحد واحتمال کون الولد من واحد منهما یشکل الحاقه بالثانی حتی فی صوره کون التزویج فی العده وحکم الشیخ بالقرعه ایضا فی هذه الصوره دون صورت التزویج بعدخروج العده وان حکم بالالحاق بالثانی فی صورت التزویج فی العده

فی النهایه ومع ذلک کله فالاقوی هو الاخذ بالروایات بعد الاعتضاد بالشهره القویه فمع الاشتباه یحکم بعد تجاوز الستته من وطی الثانی انه للثانی دون الاول خلافا" للشیخ قده فی المبسوط وحکاه فی الکشف عن فخر الاسلام فحکم بالاستخراج بالقرعه لانها لکل امر مشکل وهذا منه بعد اشتراک الفراش بینهما واصاله تاخر الحادث واصاله عدم التکون سابقا من الاصول المثبته فلایترتب علیهما اثر خصوص کل واحد من وطی الاول والثانی .

ویدل علی الاول ایضا صحیحه جمیل بن صالح عن بعض اصحابنا عن احدهما فی المراه تزوج فی عدتها قال یفرق بینهما وتعتد عده واحده منهما فان جائت بولد لستته اشهر او اکثر فهو للاخیر وان جائت بولد لاقل من ستته اشهر فهو للاول :

ومنها مارواه جمیل عن ابی العباس قال اذا جائت بولد لستته اشهر فهو للاخیر وان کان لاقل من ستته اشهر فهو للاول .

ویمکن ان یکون روایات الباب لاجل ازاله الشبهه عن ذهن الزوج الثانی باعتبار کون اغلب مایکون فیه التولد هو اکثر من ستته اشهر فیحصل بذلک الدغدغه فی الخاطر بان التولد فی ستته اشهر کانه لم ینعقد نطفه منه فی هذا الزمان فالاخبار الوارده لازاله هذه الشبهه وانه لا اشکال فی الولاده بعد مضی ستته اشهر من الوطی کما یشهد بذلک ما فی روایه حسن الصیقل فی اشتراء الجاریه والوقوع علیها قبل استبراء رحمها قال ابوعبدالله (ع) الولد

للذی عنده الجاریه ولیصبر لقول رسول الله (ص) الولد للفراش وللعاهر الحجر وکذافی روایه علی بن جعفر فی کتابه عن اخیه موسی بن جعفر (ع) قال سالته عن رجل وطی جاریه فباعها قبل ان تحیض فوطئها الذی اشتراها فی ذلک الطهر فولدت له لمن الولد قال الولد للذی هی عنده ولیصبر لقول رسول الله (ص) الولد للفراش وللعاهر الحجر- فان الامر بالصبر فی هذین الخبرین انما هولاجل حصول الدغدغه فی الخاطر والالحاق انما هولاجل التعبد.

ویمکن ان یستدل للشیخ القائل بالقرعه فی کتاب المبسوط بروایات القرعه المتضافره الوارده فی حکم الشرکاء فی الجاریه اذا اوقعوا علیها فی طهرواحد- فانهم حکموا فی ذلک المقام بالقرعه فی الحاق الولد الاان خصوصیه الطهرالواحدفی الروایات یمنع عن القاء الخصوصیه فالجمع بینها وبین الروایات الحاکمه بالالحاق بالثانی انما هوتجاوز سته اشهر من وطی الثانی مع مجی الدغدغه فی الخاطر فیلحق بالثانی واما مع اختلاط المیاه فی طهرواحدیقرء بینهما .

وصرح بذلک الشیخ قده فی باب الدعاوی والبینات من الخلاف فی مسئله ۲۳ .

حیث قال اذا اشترک اثنان فی وطی امراه فی طهرواحدوکان وطیا یصح ان یلحق به النسب واتت به لمده یمکن ان یکون من کل واحدمنهما اقرعنا بینهما فما خرجت قرعته الحقناه به وبه قال علی علیه الصلوه والسلام الی ان قال دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم

وانهم لایختلفون فی ذلک وقریب منه مااختارفی فی مسئله ۲۴ من الباب المتقدم وفی مسئله ۲۶ فراجع .

لکنه قال فی مسئله ۲۵ اذاوطی الرجل امه ثم باعها قبل ان یستبرئها فوطئها المشتری قبل ان یستبرئها ثم اتت بولد یمکن ان یکون منهما فانه یلحق بالاخیر فانه کماتری یشمل وقوع الوطیین فی طهرواحدفعلی مختار الشیخ لابدان یحکم بالقرعه الا انه اختار لحوقه بالاخیر لما استدل به من اجماع الفرقه واخبارهم کمایدل علیه روایه الحسن الصیقل عن ابی عبدالله قال سمعته یقول وسئل عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل ان یستبرء رحمها قال بئس ماصنع یستغفر الله ولایعود۔ قلت فان باعها من آخرولم یستبرء رحمها ثم باعها الثانی من رجل آخرولم یستبرء رحمها فان استبان حملها عندالثالث فقال ابوعبدالله الولد للفراش وللعاهرالحجر .

وفی روایه سعیدالاعرج عنه علیه السلام الولدلمن یکون عنده الجاریه لقول رسول الله (ص) الولدللفراش وللعاهرالحجرو من الواضح ان الروایتین فی صوره کون الاخر زناء وسفاهالقوله یستغفرالله ولایعودفی الاولی فیکون الولد لمن یکون عنده الجاریه بخلاف روایات القرعه التی فرض فیها وقوع اثنین اوثلاثه علی امراه فی طهر واحد فلا اقل هی اعم من صوره فرض الزنا فتحمل علی صوره الاشتباه فلاتنافی بین الطائفتین اصلا .

وبالجمله تحمل روایات استبراء الامه علی صوره الوطی عمدا"

فیلحق الولد بمن عنده الجاریه لمقتضی قاعده الفراش او التعبد الصرف کما اعترف به والد الصدوق وقال انه تعبد لابد من التسلیم له لان الاخیر وان کان فراشا الا انه وقع علیها من دون استبراء فیکون ممنوعا" من هذه الجهه وان کانت فراشاً من جهه کونها عنده والثانی والاول ایضا کانا کذلک الا انهما لیسا فراشا" بالفعل فیکون الحکم تعبدا صرفا بالنسبه الی استبراء الامه وولدها .

وروایات القرعه علی صوره وطی الشبهه فی طهر واحد .

وروایات الحاق الولد بالثانی اذا وقع الثانی فی اثناء العده او بعد تجاوزها وجائت الولد بعد سته اشهر فانه یحلق به لمقتضی المتداول عند العرف ایضا" لان المراه اذا حاضت ثم وقع الطلاق علیها فی الطهر الغیر المواقع فیه ثم تزوج فی العده او بعد العده او وطئت شبهه فان العرف ایضا لایقول بالحاق الولد بالاول بعد الحیض الاول قبل الطهر فروایات الباب (ع) علی مقتضی القاعده کما لایخفی واحتمال الاخذ بموجب العلوم الحدیثه بالالحاق بالدم والجین فی هذا المقام قوی اذا اوجب الاطمینان ورفع الشبهه من کیفیه الدم والگلوبول وغیرهما .

فی وجوب المسمی دون المثل

المقام الثانی - هل یجب علیه المسمی او مهر المثل بما استحل من فرجها قولان ویدل علی المسمی صحیحه سلیمان بن خالد قال سالته عن رجل تزوج امراتا" فی عدتها قال فقال یفرق بینهما وان کان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ویفرق بینهما فلاتحل له ابدا" وان لم یکن دخل بها فلاشیی لها من مهرها .

ويرد احتمال اراده الجنس من المهر فى صدرها مضافا الى ظهور قوله (فلها المهر) في المسمى ما ورد في ذيلها بقوله فلاشيء لها من مهرها فيعلم المراد منه وانه المعهود وهو المسمى دون المثل ويويد ذلك ما في روايه ابى بصير عن ابى عبدالله (ع) فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها .

وفى صحيحه موسى بن بكر عن زراره عن ابى جعفر عليه السلام قال اذا نعى الرجل الى اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول او لم يدخل بها وليس للاخر ان يتزوجها ابدا ولها المهر بما استحل من فرجها .

وفى روايه ابراهيم بن عبدالحميد المروى فى الفقيه ان ابا عبدالله (ع) قال فى شاهدين شهدا عند امراه بان زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها قال يضربان الحد ويضمنان الصداق للزوج ثم تعتد الزوجه وترجع الى زوجها الاول والروايه وان كانت اجنبيه عن المقام الا ان التضمين للصداق على الشاهدان يراد به مع التوجه بلفظ الصداق المتفاهم منه عرفا " ما تصادق عليه الزوجان وهو المسمى ايضا ، لكن مقتضى القاعده بعد بطلان العقد وفساده هو مهر المثل كما ذهب اليه كثير من المتاخرين، لكن الاقوى هو وجوب المسمى للروايات الوارده فيه ويدل على المسمى ايضا ما رواه في المستدرك عن الحسن بن محبوب عن ابن سنان عن ابيعبدالله عليه السلام فى الرجل يتزوج المراة قبل ان ينقضي

عدتها قال يفرق بينهما ثم لاتحل له ابدا" ان كان فعل ذلك بعلم ثم واقعها وليس العالم والجاهل في هذا سواء في الاثم ثم قال ويكون لها صداقها ان كان واقعها وان لم يكن واقعها فلا شيي .

وفي روايه دعائم الاسلام فاما اذا تزوج الرجل المراه في عدتها وكان قددخل بها فرق بينهما ولاتحل له ابدا" ولها صداقها بما استحل من فرجها الخ .

(المقام الثالث)

اذا اجتمع عده وطي الشبهه مع التزويج اولا معه وعده الطلاق اوالوفاه اونحوهما فهل تتداخل العدتان اويجب التعدد قيل في المسئله قولان ذهب الى الاول على ما قيل ابن الجنيد والصدوق في احدقوليه والى الثاني المشهور بل عن المسالک ان الاول مجهول القائل ويدل على كل من القولين روايات نذكر جمله منها فعلى الاول .

ما رواه موسى بن بكر عن زراره قال ساءلت اباجعفر (ع) عن المراه نعي اليها زوجها فاعتدت فتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها وفارقها الاخر كم تعتد للناس قال بثلثه قروء وانما يستبرى رحمها بثلثه قروء تحلها للناس كلهم قال زراره وذلک ان اناسا قالوا تعتد عدتين لكل واحدعده فابى ذلک ابوجعفروقال تعتد ثلثه قروء وتحل للرجال - والروايه صحيحه السندوكون موسى بن بكر

فطحی المذهب لایضرفی ذلک کما فی امثاله لوثاقته واعتماد الاصحاب علیه .

۲- ومنها ما رواه یونس عن بعض اصحابه فی امراه نعی الیها زوجها فتزوجت ثم قدم زوجها الاول فطلقها وطلقها الاخر فقال ابراهیم النخعی علیها ان تعتد عدتین فحملها زراره الی ابیجعفر فقال علیها عده واحده .

وفی السند اسمعیل بن مرار وهوممن لم یوثق مع ارسال یونس عن بعض اصحابه وهومجهول . الا ان الروایه الموافقته لمضمون الروایات الاخر لاباس باخراجها شاهدا " .

۳- ومنها صحیحه جمیل عن ابن بکیر عن ابی العباس عن ابیعبدالله (ع) فی المراه تزوج فی عدتها قال یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما جمیعا "،.

لا شکال فی السندبناء علی کون المراد من ابی العباس هو فضل بن عبدالملک البقباق وهوالمراد عندالاطلاق کما فی غیره من المشاهیر عندالاطلاق .

۴- ومنها صحیح زراره عن الباقر فی المراه فقدزوجها او نعی الیها فتزوجت ثم قدم زوجها بعدذلک فطلقها قال تعتد منهما جمیعا " ثلثه اشهرعده واحده ولیس للاخران یتزوجها .

۵- ومنها صحیحه زراه عن ابیجعفر فی امراه تزوجت قبل ان تنقضی عدتها قال یفرق بینهما وتعتد عده واحده منهما جمیعا " .

۶- ومنها صحیحه جمیل بن صالح عن بعض اصحابه عن احد هما

في المراه تزوج في عدتها قال يفرق بينهما وتعتدعده واحده منهما جميعا وان جائت بولدلستته اشهرا واكثر فهوللاخيروان جائت بولد لاقل من سته اشهر فهوللاول ورواه الصدوق باسناده عن جميل بن دراج نحوه وفي الوسائل ويحتمل التقيه .

١- وعلى الثاني ايضا روايات متضافره ففي صحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال المراه الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل ان تعتدا ربعه اشهروعشرا فقال انكان الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا " واعتدت بما بقي عليها من عده الاول واستقبلت عده اخرى من الاخر ثلثه قروء وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت ما بقي عليها عدتها وهوخاطب من الخطاب .

٢- وفي صحيحه الحلبي عن الصادق (ع) قال سالته عن المراه الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل ان تمضي لها اربعه اشهر و عشرا " فقال انكان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا واعتدت ما بقي عليها من الاول واستقبلت عده اخرى من الاخر ثلثه قروء وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب .

٣- وفي صحيحه محمدبن مسلم عن ابي جعفرقال سالته عن الرجل يتزوج المراه في عدتها قال انكان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا واتمت عدتها من الاول وعده اخرى من الاخروان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت عدتها من الاول وكان خاطبا " من الخطاب .

٤- وفي روايه عبدالله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال قال ابوعبدالله (ع) قضى اميرالموءمنين(ع) في امراه توفي زوجها وهي حبلى فولدت قبل ان تمضي اربعه اشهروعشروتزوجت قبل ان تكمل اربعه اشهر والعشر فقضى ان يطلقها ثم لايخطبها حتى يمضي آخرالاجلين فان شاء موالي المراه انكحوها وان شاءوا امسكوها وردوا عليه ماله .

٥- وفي صحيح علي بن بشيرالنبال عن الصادق عليه السلام فرق بينهما وتعتد مابقي من عدتها الاولى وتعتدبعدذلك عده كامله .

٦- وفي روايه قرب الاسنادقال انكان دخل بها فرق بينهما فاعتدت مابقي عليها من زوجها ثم اعتدت عده اخرى من الزوج الاخر الحديث .

٧- ومن روايات الطائفه الثانيه ايضا ماروواه احمدبن‌محمد بن عيسى في نوادره عن صفوان عن ابن مسكان عن محمدبن مسلم‌قال قلت لابي عبدالله (ع) المراه يتوفي عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل ان تبلغ اربعه اشهروعشرا " قال انكان الذي تزوجها دخل بها لم تحل له واعتدت مابقي عليها من الاولى وعده اخرى من الاخير وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت مابقي من عدتها وهوخاطب من الخطاب .

٨- ومارواه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه‌السلام بعين مانقلناه انفاالروايه الثانيه بادنى تفاوت فظهرمما ذكرناه من الطائفتين ان روايات الطرفين متضافره

من الجانبين فطرح الطائفه الاولی اوحملها علی صوره عدم الدخول ونسبه العده اليهما بادنی ملابسه ممايا باه الذوق السليم لان التزويج غالبا يستلزم الدخول فحملها علی صوره عدم الدخول حمل لها علی الصوره النادره، ويمكن الجمع بين الطائفتين بحمل الاول علی صوره النعی اشتباها والزوج لم يمت فبعد الطلاق ومفارقه الاخر ايضا لايحتاج فی استبراء الرحم بازيد من ثلاثه قروء بخلاف صوره فوت الزوج كما نطقت بها الطائفه الثانيه فانها لابد معها ان تستكمل عده الوفاه وعده اخری لدخول الثانی - كما لايبعد وهو جمع له شاهد من الطائفتين واما فی صوره عدم دخول الثانی ومفارقه الزوج الاول لايحتاج الی عده واحده للاول وهو ثلاثه قروء كما هو واضح.

ومما يقضی منه العجب ما يظهر عن السيد قدس سره فی العروه من تقويه القول الاول وحمل اخبار التعدد علی التقيه بشهاده روايه زراره وخبر يونس، لان ملاحظه كلمات الاصحاب من بين المتقدمين والمتاخرين يوجب الاطمينان بان فتواهم كان علی التعدد وعدم التداخل الاما ينقل عن ابن الجنيد وعن الصدوق فی المقنع فی احد قوليه ولم نجد بعد التتبع التام تقريبا قائلا بالتداخل بين الاصحاب غير ابن الجنيد الذی يوافق قوله قول العامه كثيرا "فاليک نبذه مما وقفنا عليه من كلماتهم .

فعن الصدوق فی المقنع فی باب بدو النكاح، واذتزوج الرجل امراه فی عدتها ولم يعلم وكانت هی قدعلمت انه قد بقی من عدتها ثم

قذفها بعد علمه بذلک فان کانت علمت ان الذی عملت محرم علیها فقدمت علی ذلک فان علیها الحد حد الزانی ولا اری علی زوجها حین قذفها شیئا فان فعلت بجهاله منها ثم قذفها ضرب قاذفها الحدو فرق بینهما وتعتد عدتها الاولی وتعتد بعد ذلک عده کامله انتهی،

فهی صریحه فی عدم التداخل وقد تقدم عن المسالک عدم وجود قائل معین به وصرح بذلک ایضا فی مسئله سئلت عن الصادق علیه السلام فی اختین اهدیتا لاخوین فی لیله واحده ودخلت امراه هذا علی هذا الی ان قال فان مات الزوجان وهما فی العده قال یرثانهما ولهما نصف المهر المسمی علیهما العده ثم بعدما یفرقان من العده الاولی تعتدان عده المتوفی عنها زوجها انتها وهو ایضا " صریح فی عدم التداخل الا انه یظهر منه خلاف ما فی المقام فی کتاب الطلاق حیث قال واذا شهدشاهدان عندامراه بان زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها ضربا الحدوضمنا الصداق واعتدت المراء ورجعت الی زوجها الاول فان نعی الی امراه زوجها فاعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها فطلقها وطلقها الاخیر فانها تعتد عده واحده ثلاثه قروء وهو کما تری مضمون روایه موسی بن بکر ویونس وغیرهما و صدر کلامه ایضا مضمون روایه ابراهیم بن عبدالحمید المروی فی الفقیه کما تقدم مناسابقا والتهافت بین الکلمتین ظاهر الا ان یرفع من جهته عدم فوت الزوج الاول فی نفس الامر وقد اشتبه الامر فلا تحتاج الا الی العده الواحده فی صوره دخول الثانی وقد افتی الصدوق فی کل واحد من الموضعین بمضمون الروایه من دون ان یکون بین المضمونین

تهافت لان مضمون روایه موسی بن بکرویونس تخیل الموت ومضمون روایه ابراهیم بن عبدالحمید الفوت الواقعی فیرتفع التهافت من البین ولعله یمکن بذلک توجیه کلام ابن الجنید ایضا .

وعن المرتضی قده فی طلاق الناصریات مالفظه اذا تزوجت المراه فی عدتها ودخل بها زوجها الثانی فرق بینهما وتعتد من الاول ثم من الثانی هذا صحیح وذهب الی مثله الشافعی بان قال ان لایتداخل العدتان وقال ابوحنیفه تتداخل العدتان الی ان قال دلیلنا علی صحه ماذهبنا ان العده حق لکل واحدمن الزوجین فلا مداخله بینهما وایضا فمع ماقلناه اجماع الصحابه لانه روی ان امراه نکحت فی العده ففرق بینهما امیرالمؤمنین علیه السلام وقال علیه السلام ایما امراه نکحت فی عدتها فان لم یدخل بها زوجها الذی تزوجها فانها تعتدمن الاول ولاعده علیها للثانی و کان خاطبا " من الخطاب وان کان دخل بها فرق بینهما وتاتی به بقیه العده علی الاول ثم تاتی عن الثانی بثلاثه اقراء مستقبله .

وروی مثل ذلک عن عمر بعینه الی ان قال ولم یظهر خلاف لما فعل فصار اجماعا انتهی وقریب منه ماذکره فی کاشف اللثام کما فی ملحقات السیدقدس سرهما فراجع وقداعترف بکونه مشهورا " فی الکشف فادعی اجماع الخلاف علی ذلک واستدل ایضا بعدم تداخل الاسباب فی المسببات .

وعن الشیخ فی الخلاف مسئله ۳۱ کتاب العدد کل موضع تجتمع علی المراه عدتان فانهما لاتتداخلان بل تاتی بکل واحده منهما

علی الکمال وروی ذلک عن علی علیه السلام وعمروعمربن عبدالعزیز وبه قال الشافعی وذهب مالک وابوحنیفه واصحابه الی انهما تتداخلان وتعتد عده واحده منهما معا دلیلنا اجماع الفرقه وایضا" فقد ثبت وجوب العدتین علیها وتداخلهما یحتاج الی دلیل وروی سعیدبن المسیب وسلیمان بن یسار ان طلیحه کانت تحت رشیدالثقفی (النخعی) فطلقها البته فنکحت فی آخر عدتها ففرق عمربینهما فضربها بالمخففه ضربات وزوجها ثم قال ایما رجل یتزوج امراه فی عدتها فان لم یکن دخل بها زوجها الذی تزوجها فرق بینهما و تاتی ببقیه عده الاول ثم تستانف عده الثانی لاتحل له ابدا وعن علی علیه الصلوه والسلام نحوذلک ولامخالف لهما فی الصحابه انتهی .

فمن الغریب ما یترائی فی شرح العروه لبعض اعاظم المعاصرین من حمل عدم التداخل علی التقیه لفعل عمروغیره لانه فی غایه البعد علی ان الشیخ والسیدقدس سرهما حم: فعلهما علی کون عدم التداخل کان مذهبا" للصحابه والتابعین فلایصح مع ذلک حمل فعلهم علی خلاف فتوی الخاصه .

وعن النهایه ایضا ، قریب مما ذکرناه وعن نکت النهایه فی کتاب النکاح متی عقد علیها فی العده ودخل بها فرق بینهما ولم تحل له ابدا سواء کان عالما اوجاهلا وکان لها المهربما استحل من فرجها وکان علیها عدتان تمام العده من الزوج الاول وعده اخری من الزوج الثانی الی ان قال بعدکلام طویل وفی المبسوط یقرع بینهما ولیس بجید ،، انتهی .

وعن ابن ادريس فی اخر كتاب الطلاق من العدد مالفظه كل موضع يجتمع علی المراه عدتان فانهما لايتداخلان بل تاتی بكل واحد ه منهما علی الكمال تقدم الاولی ثم الثانيه انتها .

وعن ابن حمزه فی الوسيله فان جائت بولد انقضت عده الاول بوضع الحمل واستانف العده علی الثانی وان لم تجئی بولد اتمت العده للاول واستانفت للثانی انتهی .

وفی قواعد العلامه لايتداخل العدتان اذا كانتا لشخصين ونقل فی المختلف خلاف الصدوق وابن الجنيد ثم ذكرما اختاره الشيخ و سرد الادله عليه من دون اختيار والظاهر كون مختاره موافقا للشيخ كما فی القواعد، وفی التحرير مالفظه وعليها عدتان تمام العده من الزوج الاول وعده اخری من الثانی واختار شيخنا الاعظم الانصاری ايضا عدم التداخل فراجع فمن جميع ماذكرناه يعلم ان فتوی الاصحاب جلهم لولاكلهم علی عدم التداخل فلا بدمن حمل الاخبار الداله علی التداخل علی التقيه كما صنعه صاحب الوسائل مضافا الی ما فی المسالک من ان قائل التداخل مجهول فلايعتمد عليه وقد اطبق الشيخ قده فی كتبه علی عدم التداخل فالمسئله كانت واضحه عند هم من جهت الفتوی اوعلی ماقلناه من ان موضوع التداخل صوره عدم فوت الزوج الاول وموضوع التداخل هوصوره كشف خلاف الواقع وهوحيات الزوج الاول فلايحتاج معه الی عدتين بل يحتاج الی عده واحده فی صوره دخول الزوج الثانی ـ فلاوجه لما ذكره السيد من حمل عدم التداخل علی التقيه لروايه زراره ويونس ولعل عدم جواب

الامام علی مذاق زراره الذی قال ان اناسا قالوابعدم التداخل کان لاجل التقیه لان الناس القائلین بعدم التداخل کانوا من اصحاب الامام والالم یکن وجه لذکر عقیدهالمخالفین للامام علیه السلام حتی یابی الامام عن القول ـ بالتعددلاجل التقیه والله اعلم . والذی یوضح ویحسم کل الشبهه ان قول زراره بالاخبارعلی الامام بعدمالتداخل عندالناس اما ان یکون هومرادالموافقین او کلام المخالفین فعلیالاول قدوافق الامام ایضا وعلی الثانی قد خالف وقال بالتداخل فلایلائم التقیه .

(فیجوازالرجوع فی عده وطیالشبهه وعدمه)

ثم علی القول بالتعدد یقدم ماکان سببه مقدماالااذاکان احدی العدتین بوضع الحمل فتقدم قطعاوان کان سببها متاخرا" لعدم امکان التاخیر فی هذه الصوره بعدا لوضع وتخرج من العده وتشرع مابقی علیها من الاول .

مسئله لوکان المتقدمه عده وطیالشبهه والمتاخرهعدهالطلاق الرجعی فهل یجوزالرجوع قبل مجیٔ زمان عدهالرجعه فیاثناء عده الشبهه وهل ترثالزوج اذامات قبلهافی زمان عده وطی الشبهه قیل وجهان بل قولان وجهالجواز ان المنع انماهوعنالتزویج فی العده فمن الواضح عدم کون الرجوع تزویجاجدیدا" بل هو ابقاء لماعلیه سابقا منالزوجیه خصوصا" اذاقلنا بحل الاستمتاع غیر الوطی فیاثناء عده الشبهه والوجه فی عدمالجواز ان الرجوع

والتزویج من باب واحدفمالم یجزاحدهمالم یجزالاخرخصوصا فی المقام لکن الاقوی هوجواز الرجوع لان المنع انماهوعن التزویج فیالعده والفرض انه منتف فیالمقام واماالارث فبناء علی جواز الرجوع لااشکال فیه واما بناء علی عدمالجواز فهل ترث الزوج انا مات قبلها فی زمان عده وطیالشبهه لسان الاخبارفی کیفیه ارث الرجعیه من الزوج لیس علی وزان واحدفطائفه منها تدلعلیالارث مادامت فی عدتها ، کمافی صحیح محمدبن قیس عن ابی جعفر(ع) قال اذاطلقت المراه ثم توفی عنها زوجها وهی فی عده منه لم تحرم علیه فانهاترثه ویرثها مادامت فی الدم من حیضتها الثانیه من التطلیقتین الاولتین وصحیح زراره عنه علیهالسلام عن الرجل یطلق المراه فقال یرثهاوترثه مادام لهعلیها رجعه.

وصحیح محمدبن مسلم عن ابی عبدالله قال سالته عن رجل طلق امراته واحده ثم توفی عنهاوهی فیعدتهاقال ترثهالحدیث۔ ویمکن ان یقال انه اعتبر فی الروایات الموت فی عدهالمتوفی اوفی صوره جوازالرجوع علیهاوالفرض عدم جوازالرجوع فیعدهوطی الشبهه لکن الذی یسهل الخطب دلاله کثیرمن الروایات علی التوارث مادام لم تنقضالعده فیرفع الید عن مفهومالروایات السابقه بهذهالروایات.

کمافی صحیح محمدبن قیس عن ابی جعفر(ع) قال ایما امراه طلقت فمات عنها زوجها قبل ان تنقضی عدتها فانها ترثه ثم تعتد عدهالمتوفی عنها زوجها وان توفیت فی عدتها ورثها وان قتلت ورث

من دیتها وان قتل ورثت من دیته مالم یقتل احدهما الاخر.

ومرسله سماعه قال سالته عن رجل طلق امراته ثم انه مات قبل ان تنقضی عدتها قال تعتد عده المتوفی عنها زوجها ولها المیراث

وفی صحیح زراره عن ابی جعفر وعلیه نفقتها والسکنی مادامت فی عدتها وهما یتوارثان حتی تنقضی عدتها الحدیث.

وفی روایه حسن بن زیاد عن ابی عبدالله وهی ترث وتورث ما کان له علیها رجعه من التطلیقتین الاولتین.

وعن الصدوق قال وروی الی ان قال ومن طلق امراته للسنه فله ان یراجعها مالم تنقض عدتها فاذا انقضت عدتها بانت منه الی غیر ذلک من الروایات الداله علی التوارث مالم یخرج من العده من دون خصوصیه بکونها فی العده وکما فی فرض المسئله ویستفاد من هذه الاخبار ایضا جوازالرجوع مالم تخرج من العده سواء کانت فی اثناء عده الشبهه ام لا کما صرح به الصدوق فیما روی عنه انفا".

ویدل علی التوارث باطلاقها صحیح زراره عن احدهما المطلقه ترث وتورث حتی تری الدم الثالث فاذا راته فقدانقطع.

وفی دعائم الاسلام روینا عن ابی جعفروابی عبدالله علیهما السلام انهما قالا من طلق امراته للعده اوالسنته فهما یتوارثان ماکانت للرجل علی المراه رجعه فاذا بانت فلامیراث بینهما.

وصحیح زراره قال سالت اباجعفر(ع) عن الرجل یطلق المراه فقال یرثها وترثه مادام له علیها رجعه.

(مسئله) ولوكانت المتاخره عده الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها فی زمان عده الوطی قبل مجی زمان عده الطلاق وجهان والاقوی عدم الجواز لصدق التزويج فی العده والاخبار تمنعه.

كما فی صحيح زراره و داود بن سرحان وادم بياع الهروی عن ابی عبدالله عليه السلام فی حديث انه قال والذی يتزوج المراه فی عدتها وهو يعلم لاتحل له.

وصحيح الحلبی عنه (ع) قال اذا تزوج الرجل المراه فی عدتها ودخل بها لم تحل له ابدا عالما كان اوجاهلا وان لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للاخر.

وصحيح اسحاق بن عمار قال قلت لابی ابراهيم بلغنا عن ابيک ان الرجل اذا تزوج المراه فی عدتها لم تحل له ابدا فقال هذا اذا كان عالما فاذا كان جاهلا فارقها وتعتد ثم تزوجها نكاحا جديدا" الی غير ذلک ويترتب عليه الحرمه الابديه والانصراف الی غير الزوج باعتباران الممنوع فی عده وطی الشبهه هوالوطی دون سائر الاستمتاعات عنها ممنوع فان اجتماع الزوجيه مع عده وطی الشبهه كما فی العده الرجعيه لايستلزم جوازاحداث الزوجيه عليها فی اثناء العده والفرض زوال الزوجيه فرجوع الزوج اليها كرجوع غيره غايه الامران المانع فی الزوج واحد وفی غيره اثنان آخران وهما العدتان كما هوظاهر.

مسئله لوكانت العدتان لشخص واحد كما اذا طلق زوجته بائنا ثم وطئها شبهه فی اثناء العده قيل لاينبغی الاشكال فی التداخل

باعتبار انه لاعده له بالنسبه الی نفسه لجواز البناء علیها فی کل وقت شاء واما بالنسبه الی الغیر لاوجه له بناء علی مختار المشهور من عدم التداخل واما التداخل فی عده الطلاق ثم الوفاء فانه فی الحقیقه تبدیل لاجل النص من دون تداخل فیه .

ولایفرق فیما ذکرناه من الحرمه الابدیه اوغیرها من الاحکام بین ان یکون العاقد هونفسه اووکلیه مع العلم بالعده لصدق عقده علیها لان عقد الوکیل عقد الموکل وبطلان الوکاله لایمنع من الصدق نعم اذا لم یعلم الموکل بالعده فمع علم الوکیل بذلک لایثبت الحرمه وکما اذا وکله علی الاطلاق فعقد الوکیل علی المعتده فانه ایضا لایوجب الحرمه وکما ان عقد الولی للصبی ایضا لایوجبه حتی بناء علی الدخول لرفع القلم عنه وکذا المجنون اللهم الا ان یقال ان الحدیث یرفع قلم التکلیف دون الوضع لترتب الاثر الوضعی فان بدن الصبی والمجنون مع ملاقات النجاسه ینجس .

ولوعقدها الفضولی عن احدهما اوکلیهما فاجاز مع العلم فانه ایضا یوجب الحرمه لان الاجازه توجب استناد العقد الی المجیز وکذا اذا تاخرت الاجازه عن وقت العده بناء علی الکشف واما بناء علی النقل فان العقد انما استند الیه بعد خروج العده فلایوجب الحرمه اللهم الا ان یقال انه فی صوره وقوع العقد فی العده والاجازه خارج العده لایقال عرفا انه وقع استناد العقد الیه فی العده بل غایه ما صدر منه انما هو الاجازه خارج العده والعرف یحکم بالکشف الحکمی ان العقد موءثر من حین وقوع العقد لکنه ما وقع علیها العقد الموءثر فی العده .

(عدم حرمه النكاح بالزنا السابق عليه

من زنى بامراه لم يحرم عليه نكاحها وكذا لوكانت مشهوره بالزنا وكذا لوزنت امراته وان اصرت على الاصح..

والبحث في المقام تاره بالنسبه الى الغير المشهوره بالزنا واخرى فيها اما الاول فلايحرم الزانيه على الزاني بها وغيره بعد التوبه اجماعا وقبل التوبه ايضا الا انه قيل على الكراهه بل ادعى عليه الاجماع وفي الجواهر وفاقا للمهشور شهره عظيمه بل في المحكي عن لاخلاف والمبسوط الاجماع عليه ونسب الخلاف الى احمد وقتاده قبل التوبه، ويدل على الجواز من دون اشتراط التوبه، روايات منها

١- صحيح الحلبي عن ابي عبدالله قال ايما رجل فجر بامراه ثم بداله ان يتزوجها حلالا فان اوله سفاح واخره نكاح ومثله مثل النخله اصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعدفكانت له حلالا.

٢- وصحيح قرب الاسنادعن عبدالله بن حسن عن جده على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر قال سالته عن رجل زنا بامراتين اله ان يتزوج بواحده منهما قال نعم لايحرم حلالا" حرام .

٣- وروايه ابي بصير عن ابيعبدالله قال سالته عن رجل فجر بامراه ثم بداله ان يتزوجها فقال حلال اوله سفاح واخره نكاح اوله حرام واخره حلال .

٤- وفي خبرهاشم بن المثنى عن الصادق عليه السلام انه سئل

عن الرجل ياتي المراه حراما ، يتزوجها قال نعم وامها وابنتها .

۵- وفي روايه زراره بن اعين عن ابي عبدالله (ع) قال سئل عن رجل كانت عنده امراه فزنا بامها او ابنتها اوباختها فقال ما حرم حرام قط حلالا امراته له حلال وقال لاباس اذا زني رجل بامراه ان يتزوج بها بعد وضرب مثل ذلك مثل رجل سرق من ثمره نخله ثم اشتراها بعد ولاباس ان يتزوجها بعد امها او ابنتها او اختها الحديث رواه في الفقيه عن الصادق عليه السلام الا ان الروايه في الوافي والوسائل عن ابي جعفر عليه السلام والامر سهل .

۶- وفي روايه احمد بن محمد بن عيسي في نوادره عن القسم بن محمد عن هشام ابن المثني قال كنت عند ابي عبدالله عليه السلام جالسا فدخل عليه رجل فسئله عن الرجل ياتي المراه حراما ايتزوجها قال نعم الخبر ، وهو متحد مع ماتقدم عن هاشم اوالهشام بن المثني وفي سند كل واحد منهما القسم بن محمد وهو الجوهري من اصحاب الكاظم عليه السلام والرجل وان كان واقفيا " الا ان كثره رواياته واتقانه في الابواب المتفرقه التي يلوح آثار الصدق منها يوجب الوثوق عليه والهشام ابن المثني هو الكوفي الثقه ولايبعد ان يكون هو من اصحاب الصادق والكاظم عليها لسلام فالروايه موثقه بلا اشكال .

۷- وعن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي قال قال ابو عبد الله عليه السلام ، ايما رجل فجر بامراه ثم بداله ان يتزوجها حلالا فاوله سفاح واخره نكاح ومثله مثل النخله اصاب الرجل من

ثمره ثم اشتراها بعد حلالا.

٨- وعن القسم عن علی عن ابی بصیر عن ابی عبدالله علیه السلام مثله الا انه لم یذکر النخله، راجع المستدرک،

وعن الصدوق فی المقنع ولاباس ان یتزوج الرجل امراة قد زنی بها فان مثل ذلک مثل رجل سرق من ثمر نخله ثم اشتراها بعد.

هذا خلافا للشیخین وجماعه بل فی المحکی عن الغنیه الاجماع علیه فاشترطوا التجربه بحمل المطلق من الروایات علی المقید و ذلک بظاهر الکتاب الدال علی المنع من تزویج الزانی والزانیه فالمتیقن، خارجا هو صورة التوبه فبقی الباقی تحت الاطلاق والعموم المانع، ویمکن ان یستدل علیه من الروایات:

١- بصحیح حمید بن المثنی ابی المعزا عن ابی بصیر قال سالته عن رجل فجر بامراه ثم اراد بعد ذلک ان یتزوجها فقال اذا تابت حلت له قال قلت وکیف تعرف توبتها قال یدعوها الی ما کانت علیه من الحرام فان امتنعت واستغفرت ربها عرف توبتها ورواه فی الوسائل بسند التهذیب عن احمد بن محمد بن عیسی عن ابی المعزا عن ابی بصیر والمسئول عنه علی الظاهر هو الامام علیه السلام والله اعلم.

٢- وموثق عمار بن موسی عن الصادق(ع) قال سالته عن الرجل یحل له ان یتزوج امراه کان یفجر بها قال ان انس منها رشدا "فنعم

والافلیراودها علی الحرام فان تابعه فهی علیه حرام وان ابت فیزوجها .

۳- وصحیح الشیخ بسنده عن اسحق بن جریر عنه (ع) قال قلت له الرجل یفجر بالمراه ثم یبدوله فی تزویجها هل یحل له ذلک قال نعم اذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان یتزوجها وانما یجوزله ان یتزوجها بعد ان یقف علی توبتها ، فالمستفاد من الروایات الثلثات قیدیه التوبه خصوصا قوله فهی علیه حرام فی الموثق واستفاده الکراهه الشدیده بمکان من الامکان .

۴- وصحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) او ابی عبدالله (ع) قال لو ان رجلا فجر بامراه ثم تابا فتزوجها لم یکن علیه شیی من ذلک، ولا یبعد استظهار القیدیه من قوله (تابا) خصوصا قوله فتزوجها فهی فرع التزویج علی التوبه .

۵- احمدبن محمدبن عیسی فی نوادره قال حکی لی ابن ابی عمیر عن ابی ایوب عن محمدبن مسلم عن ابی جعفروابی عبدالله (ع) قال ان رجلا فجر بامراه ثم تابا فتزوجها لم یکن علیه شیی من ذلک .

۶- وفی الجعفریات بسنده عن علی علیه السلام فی الرجل یزنی بالمراه ثم یتوب الرجل فیرید ان یتزوجها قال اذا تابا جمیعا فلا باءس ان یتزوجها فقیل هذا الرجل قدتاب وعلم من نفسه انه قدتاب فکیف له ان یعلم ان المراه قدتابت قال یدعوها الی الفجور کما کان یدعوها الیه قبل ذلک فان اعیت علیه فقدتابت لاباس ان یتزوجها

فان اجابه الی الفجور حرم نکاحها .

۷- وعن دعائم الاسلام عن ابی جعفر علیه السلام اذ قال فی الرجل یزنی بالمراه ثم یرید ان ینکحها بعدذلک نکاحا صحیحا "قال ان تابا فلاباس ، وهنا روایات اخر تدل علی جواز تزویج المشهوره بالزنا بعدما تابت کما سیاتی.

ولا اشکال من جهت الدلاله علی اعتبار التوبه الا انها لاتصلح للتقیید لامن جهه قصور فی السندلانها متضافره الا انه کلما ازدادت صحه ازدادت بعدا "بل من جهه اعراض المشهور عن الافتاء بالحرمه فی صوره عدم التوبه فلابد من حملها علی الکراهه کما علیه المشهور واما اجماع الغنیه فلایستفاد منه القیدیه لاحتمال ان یکون الاجماع فی قبال قول حسن البصری القائل بالحرمه مطلقا فیمکن ان یکون المراد منه الجواز المطلق او الجواز مع التوبه فلا یستفاد منه ما یصلح للدلیلیه مضافا الی المحکی عن الشیخ فی الخلاف والمبسوط الاجماع علی الجواز .

قال فی الخلاف مسئله ۷۱ النکاح اذا زنی بامراه جاز له نکاحها فیما بعدو به قال عامه اهل العلم وقال الحسن البصری لایجوز وقال قتاده واحمد(محمد) ان تابا جازوالالم یجزوروی ذلک فی اخبار نا دلیلنا اجماع الفرقه وایضا الاصل الاباحه وایضا قوله تعالی فانکحوا ماطاب لکم من النساء فلم یفصل وقال تعالی واحل لکم ماوراء ذلکم ولم یفصل وروت عائشه ان النبی علیه السلام قال - الحرام لایحرم الحلال وعلیه اجماع الصحابه وروی ذلک عن ابی بکر

وعمروابن عباس ولامخالف لهم، والمستفاد منه صریحا هوعدم احتیاج الازدواج الی التوبه وفی المختلف یکره العقد علی الفاجره وان کان الزانی هو العاقد وغیره وان لم یتب ولیس ذلک محظورا "واختاره الشیخ فی الخلاف والاستبصار وبه قال ابن ادریس وقال المفید فان فجربها وهی غیرذات بعل ثم تاب من بعدذلک واراد ان ینکحها بعقدصحیح جازله ذلک بعدان یظهر منها التوبه ایضا والافلا.

قال الشیخ فی النهایه اذافجربامراه غیرذات بعل فلایجوز له العقد علیها مادامت مصره علی مثل ذلک الفعل واماذاظهر له منها التوبه جازله العقد علیها ویعتبرتوبتها بان یدعوها الی ما کان فیه فان اجابت امتنع من العقد علیها وان امتنعت عرف بذلک توبتها وتبعه ابن البراج وعدابوالصلاح فی المحرمات الزانیه حتی تتوب واطلق - واستدل العلامه بالجواز باصاله الا اباحه ولعدم حرمه الزنا فاشبه الاجنبی ولان الزنا لومنع حکم العقد من الدخول فی الوجودلکان دفعه بعدالوجوداولی والثانی باطل والمقدم مثله وروایه الحلبی الی ان قال احتج الشیخ بروایه ابی بصیر وعمارثم قال وفی طریق الروایتین ضعفا مع ان ابابصیر لم یسند فی الاولی الی الامام ونحملهما علی الکراهه مع ان فی مضمونهما اشکالا انتهی ملخصا".

لکنک قدعرفت عدم الضعف فی الروایه الاولی مویدابروایات منها صحیحه کماعن اسحق بن جریر بسندالشیخ اشتراط التوبه وعدم الاشکال فی مضمون ماتقدم منها والاستدلال الاخر کماتری فالعمده هو

ترددالشيخ فی کتبه حیث افتی تاره بالجواز مع الکراهه واسندالمنع الی قتاده واحمدواخری علی الحرمه فی النهایه فان کان کتاب النهایه عنده من الکتب الدقیقه التی یفتی فیها علی مذاق الشیعه فیعلم فتواه والافلا فیبقی فی المقام المفیدبعدکون ابن البراج والحلبی من المتاخرین مع انه قال فی الخلاف انه اجماع الصحابه فالمعتمدهوالکراهه مع الجواز.

والحلبی هوالشیخ تقی بن نجم الحلبی الفقیه المحدث من کبار علمائنا الامامیه کان معاصراً" للشیخ الطوسی ومن اکبرتلامذته ومن تلامیذالسید المرتضی ویروی قدس الله اسرارهم عنه ابن البراج وهوخلیفه المرتضی ، فی البلادالحلبیه کما صرح به الشهیدالثانی وله من الکتب الکافی فی الفقه وهوالشیخ عبدالعزیز بن نحریر بن عبدالعزیز بن البراج ابوالقاسم من فقهاء الاصحاب کان قاضیا فی طرابلس ونائبا لابی جعفرالطوسی فی البلاد الشامیه وله من الکتب المهذب والموجز والکاملوالجواهر وعمادالمحتاج وغیر ذلک وتوفی فی ۹ شعبان سنه ۴۸۱ وکان قرء علی السیدوالشیخ ویروی عنهما ایضا وفتاوی العلمین المذکورین غالبا" تابع لفتوی شیخ الطائفه قده .

(کلمه حول الایه)

واماقوله تعالی الزانی لاینکح الازانیه اومشرکه والزانیه لاینکحها الازان او مشرک وحرم ذلک علی المؤمنین مضافا الی اختصاصها بالمشهورات بالزناکماسیاتی یمکن ان یکون المرادمنها

الاخبار کما فی قوله تعالی الخبیثات للخبیثین الایه وهوالمروی عن ابی جعفروابی عبدالله علیهما السلام حیث قالا هی مثل قوله الزانی لاینکح الازانیه اومشرکه الایه ان اناسا هموا ان یتزوجوا منهن فنهاهم الله عن ذلک وکره لهم کما عن مجمع البیان، فعلیه تکون اخبارا" عن شان المؤمنین والفاسقین فشان الزانی النکاح بالزانیه اوالمشرکه وبالعکس وحرم ذلک علی المؤمنین ای فیه الخصاصه الذاتیه اوالکراهه، وعلی فرض کون العقد حراما ، علی المؤمنین وهم المسلمون کافه لابدمن رفع الید عن ظاهر الایه حتی یکون المرادمن الزانی الزانی المشرک لعدم جوازنکاح المسلم الزانی والزانیه بقوله وحرم ذلک علی المؤمنین اللهم الا ان یتصرف فی المؤمنین باعتباران الزانی حین یزنی لیس بمؤمن کمایدل علیه عده من الروایات فهوایضا خلاف الظاهر فمافی مجمع البیان من ان المراد من النکاح العقد وذلک الحکم ثابت فیمن زنا بامراه فانه لایجوزله ان یتزوج بها روی ذلک عن جماعه من الصحابه انتهی خلاف ماعلیه معظم الاصحاب من الجوازمطلقا او بعد التوبه کما عن کثیرمن العامه ایضا فلابد من رفع الید عن ظاهر الایه امامن جهت کونها منسوخه بقوله تعالی وانکحوالایامی والصالحین من عبادکم الخ کما عن سعیدبن المسیب ، واما من جهه تقییدها بالتوبه بعداختصاصها علی المشهورات لامطلقا الان المستفاد من عده منها استفاده الکراهه من الایه لورودلاینبغی فی عده منها

كما سيا تي والمستفا دمنها ايضا اتحا دحكم الزانى والزانيه مع انه فيه الكراهه بالاجماع فكذا فيها ويشهد بالكراه صحيح محمد ابن اسماعيل عن الرضا فى حديث قال لاينبغى لك ان تتزوج الابما مونه ان الله عزوجل يقول الزانى لاينكح الا زانيه اومشركه والزانيه لاينكحها الازان اومشرك وحرم ذلك على المؤ منين ورواه الصدوق باسناده عن محمدبن اسماعيل باب ۶ ابواب المتعه .

هذا مع انه يمكن ان يستدل للجوازفى غيرالمشهوره من دون ان يحتاج الى التوبه بالاطلاقات الوارده فى جوازالمتعه بالفاجره من دون تفصيل بين ماكان زنى به سابقا وبين من لم يزن كما فى روايه جميل عن زراه قال ساله عماروانا عنده عن الرجل يتزوج الفاجره متعه قال لاباس وان كان التزويج الاخرفليحصن بابه .

وفى روايه على بن يقطين قال قلت لابى الحسن عليه السلام نساء اهل المدينه قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم والمورد وهوعلى بن يقطين المشهور فى جلاله القدروالمنزله لايوجب مخصصا بعدما كان سائلا عن الحكم .

وفى صحيح اسحق بن جرير فى حديث الى ان قال ماكان عليه فى تزويجها شيى انما يخرجها من حرام الى حلال ، ولم يفصل .

وفى روايه الحسن بن طريف قال كتبت الى ابى محمد عليه السلام فى حديث الى ان قال فكتب انما تحى سنه وتميت بدعه فلا باس ، فراجع الى غير ذلك مما لم يفصل فى مقام البيان فالتوبه الوارده فى الروايات الوارده تحمل على عدم الكراهه معها واما بدونها فيحكم بالكراهه .

هذاكله بالنسبه الى الزاني والزانيه واماتزويج غير الزاني الزانيه فيدل عليه ايضا عده من الروايات المتضافره والمشهورالجواز والخلاف للصدوق في المقنع وابى الصلاح الحلبي لظاهرالايه قال في المقنع ولاتتزوج الزانيه ولاتزوج الزاني حتى تعرف منهما التوبه فان الله عزوجل يقول الزاني لاينكح الا زانيه اومشركه والزانيه لاينكحها الازان اومشرك وحرم ذلک على المومنين فعلى فرض اراده الحرمه من قول الصدوق يردعليه اما اولا انه يقتضي اباحه نكاح الزاني المسلم للزانيه والمشركه واباحه تزويج الزانيه المسلمه للمشرك ولاريب في بطلانه للاجماع على التكافى في الاسلام وانه شرط في النكاح وعدم جوازتزويج المسلم المشركه والمشرک المسلمه كما هوظاهر- وثانيا انه يلزم بناء عليه عدم جواز تزويج الزاني الاعلى الزانيه وهوخلاف ما عليه الاصحاب من الحكم بجواز مناكحه الفاسق على كراهه من غير فرق بين الزاني وغيره لكن على وجه الشده في تزويج شارب الخمر فلم يستثنوا من الجواز الزاني في شيى من مطاوى كلماتهم، وقدعرفت وستعرف ان المراد من الايه هو المشهورات بالزنا وان المراد من الحرمه فيها هوالكراهه والمراد منها الاخبار عن حال الزاني وانه لايرغب الافي الزاني بحسب طبعه وانما يميل الى خبيثه من مثله اومشركه تقرب من الزانيه والزانيه ايضا المعلنه بالفسق لايرغب في نكاحها الصالحون والموء منون وانما يميل الى نكاحها الزاني والمشرک الذين هما مثلها في الدنائه والخباثه فالمشاكله والالفه وكذا

المنافره موجوده فی كل واحد من الطرفين كما فی قوله تعالى الخبيثات للخبيثين والخبيثون للخبيثات والطيبات للطيبين والطيبون للطيبات اولئك مبرء ون مما يقولون لهم مغفره و رزق كريم ،

وقدتقدم فی مجمع البيان ان الايه مثل قوله الزانيه والزانی كما عن الباقر والصادق عليهما لسلام وثالثا على فرضها ميتها فی الحرمه لابد من رفع اليدعنها بروايات تدل صريحا على الجواز .

١- (منها) صحيحه اسحق بن جرير قال قلت لابيعبدالله (ع) ان عندنا بالكوفه امراه معروفه بالفجورا يحل ان اتزوجها متعه قال فقال رفعت رايه قلت لالورفعت رايه اخذها السلطان قال نعم فزوجها قال ثم اصغی الی بعض مواليه فاسراليه شيئا فلقيت مولاه فقلت له ماقال لک فقال انما قال لی ولورفعت رايه ماكان عليه فیتزويجها شيی انما يخرجها من حرام الی حلال .

٢- وصحيحه علی بن رئاب المروی فی قرب الاسناد قال سالت ابا عبدالله عن المراه الفاجره يتزوجها الرجل المسلم قال نعم وما يمنعه ولكن اذا فعل فليحصن بابه مخافه الولد .

٣- وروايه سعدان بن مسلم واسمه عبدالرحمن عن علی بن يقطين قال قلت لابی الحسن نساء اهل المدينه قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم .

٤- وروايه زراره قال ساله عمار وانا حاضر عن الرجل يتزوج

الفاجره متعه قال لاباءس وان کان التزویج الاخر فلیحصن بابه (مائه).

۵- وموثقه موسی بن بکر عن زراره عن ابی جعفر قال سئل عن رجل اعجبه امراه فسال عنها فاذا الثناء علیها فی شیی من الفجور فقال لاباءس باءن یتزوجها ویحصنها، فلو کان التوبه دخیلا فی الجواز لما کان للامام اهماله فی مقام وقت الحاجه کما هو مورد هذه الروایه.

وروایه ابن یقطین وصحیحه ابن رئاب وبعض اخر کما سیاتی فعدم البیان یکشف فی امثال المقام عن عدم الحاجه الیه اصلا"وحمل فی الاستبصار هذه الروایه علی صحیح العقد وان فعل محرما واخری علی ما اذا تابت وانت تعلم ان الجواز والمنع فی امثال المقامات یستفاد منهما الشرطیه والمانعیه لا لحکم التکلیفی الصرف کما توهمه شیخ الطائفه قده.

۶- وموثقه احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره عن ابن مسکان قال حدثنی عمار الساباطی قال سالت اباعبدالله علیه السلام عن المراه الفاجره التی قد عرف فجورها ایتزوجها الرجل قال وما یمنعه ولکن اذا فعل فلیحصن بابه.

۷- وعن جعفر بن محمد علیهما السلام انه قال فی حدیث فاما ان یتزوج الرجل امراه قد علم منها الفجور فلیحصن بابه ای یحفظها فقد سئل رسول الله صلی الله علیه واله رجل فقال یارسول الله ما

تری فی امراه عندی ماترد، ید لامس قال طلقها قال فانی احبها قال فامسکها ان شئت .

۸- وعن دعائم الاسلام عن ابی جعفرمحمدبن علی علیهما السلام انه سئل عن المراه الفاجره یتزوجها الرجل قال لاینبغی له ذلک واهل السترو العفاف خیر له وانکانت امه وطئها ان شاء ولم یتخذ ها ام ولدلقول رسول الله صلی الله علیه وآله تخیروا لنطفکم

فیستفاد من جمیع ماذکرنا ان عدم التزویج حسن اخلاقی لانه یوجب العار والشناعه واهل السترو العفاف خیرله لعدم احتمال الشبهه والدغدغه فیها بخلاف ما اذا کانت زانیه اومشهوره بالزنا واضف الی ذلک الروایات الوارده فی جواز تزویج المراه المشهوره بالزنا فتزویج غیر المشهوره بطریق اولی وفی قبال هذه الاخبار الوارده فی المشهوره وغیرها روایات اخر وارده فی تفسیر الایه لکن لایمکن استفاده الحرمه منها .

۱- منها صحیح الحلبی قال قال ابوعبدالله (ع) لاتتزوج المراه المعلنه بالزنا ولایتزوج الرجل المعلن بالزنا الابعدان تعرف منهما التوبه - الا ان الاجماع قائم علی الجواز مع الکراهه فی الزانی و اتحاد السیاق بقرینه الروایات الاخر یوجب حملها فی الزانیه ایضا " علی الکراهه .

۲- ومنها صحیح زراره قال سالت ابا عبدالله عن قول الله عز وجل الزانی لاینکح الازانیه او مشرکه والزانیه لاینکحها الازان او مشرک قال هن نساء .

مشهورات بالزنا ورجال مشهورون بالزنا وعرفوا به والناس الیوم بذلک المنزل فمن اقیم علیه حدالزنا اوشهرمنهم بالزنا لاینبغی لاحدان یناکحه حتی یعرف منه توبه .

ومثله ما عن داودبن سرحان وابی الصباح الکنانی لکن قوله لاینبغی لولم یکن ظاهرا فی الکراهه فهو غیرظاهرفی الحرمه فیحمل علی الکراهه بقرنیه ما تقدم.

۳- ومنها صحیحه محمدبن مسلم عن ابی جعفرعلیه السلام فی قوله عزوجل الزانی لاینکح الازانیه اومشرکه قال انما هم رجال و نساء کانوا علی عهدرسول الله صلی الله علیه وآله وسلم مشهورین بالزنا فنهی الله عزوجل عن اولئک الرجال والنساء والناس الیوم علی تلک المنزله من شهر شیا من ذلک اواقیم علیه حد فلا تزوجوه حتی تعرف توبته- وفی الوافی والناس الیوم بذلک المنزل یعنی ان الایه نزلت فیمن کان متهما علی عهدرسول الله (ص) ولکن حکمها باق الی الیوم ولیست بمنسوخه کما ظن قوم- ویمکن ان یقال ان قوله لاتزوجوه نقل بلفظ النهی باعتبار فهم الراوی له من کلمه (لاینبغی) وان کان الروایه عن ابی جعفرعلیه السلام وکیف کان فلابد من رفع الید عن ظاهرها بالروایات الاخر المتقدمه بل روایه زراره الظاهره فی الکراهه.

۴- ومنها خبرحکم بن حکیم عن الصادق علیه السلام فی قوله تعالی الزانیه ینکحها الا زان اومشرک قال انما ذلک فی الجهرثم قال لوان انسانا زنی ثم تاب تزوج حیث یشاء .

۵- وخبر محمد بن الفیض قال سالت اباعبدالله عن المتعه قال نعم اذا کانت عارفه الی ان قال وایاکم والکواشف والدواعی والبغایا وذوات الازواج قلت ما الکواشف قال اللواتی یکاشفن و بیوتهن معلومه ویوتین قلت فالدواعی قال اللواتی یدعین الی انفسهن وقدعرفن بالفساد قلت فما البغایا قال المعروفات بالزنا قلت فذوات الازواج قال المطلقات علی غیر السنه .

والمنع فی هذه الروایه ایضا محموله علی الکراهه فکان السائل ایضا فهم هذا المعنی فلذا سئل عن المراد بذوات الازواج فلولم یکن فهم الکراهه لما کان وجه لسئواله فان نکاح ذات الزوج حرام واما ذوات الازواج علی غیر السنه کما اذا طلق عامی امراته علی طریقه العامه فان المشهور بل المسلم بین الاصحاب جوازه .

۶- ومنها روایه محمد بن الفضل قال سالت اباالحسن(ع) عن المراه الحسناء الفاجره هل تحب للرجل ان یتمتع منها یوما او اکثر فقال اذا کانت مشهوره بالزنا فلایتمتع منها ولاینکحها والروایه مع ضعف فی سندها تحمل علی الکراهه بقرنیه قوله هل تحب فقوله (فلایتمتع الخ) ای فلایحب ان یتمتع ولاینکحها .

وفی هذا الباب روایات اخر فی المستدرک ، لایستفاد منها مع الجمع بین الطائفتین الا الکراهه فراجع .

وختاما " لهذه النشره ننقل علی حضراتکم روایه الحسن بن الطریف قال کتبت الی ابی محمد(ع) وقدترکت التمتع ثلثین سنه

ثم نشطت لذلک وکان فی الحی امراه وصفت لی بالجمال فمال قلبی الیها وکانت عاهرا " لاتمنع یدلامس فکرهتها ثم قلت قدقال الائمه (ص) تمتع بالفاجره فانها تخرجها من حرام الی حلال فکتبت الی ابی محمد علیه السلام اشاوره فی المتعه وقلت ایجوز بعدهذه السنین ان اتمتع فکتب انما تحیی سنه وتمیت بدعه فلا باءس وایاک وجارتک المعروفه بالعهر وان حدثتک نفسک ان ابائی قالوا تمتع بالفاجره فانک تخرجها من حرام الی حلال فان هذه امراه معروفه بالتهتک وهی جاره واخاف علیک استفاضه الخبر منها فترکتها ولم اتمتع بها و تمتع بها شاذان بن سعیدرجل من اخواننا وجیراننا فاشتهر بها حتی علا امره وصار الی السلطان وغرم بسببها مالانفیسا واعاذنی الله من ذلک ببرکه سیدی .

فان المستفادمنها الجواز من دون احتیاج الی التوبه لکن النهی عنها بالخصوص لاجل امراخر کمافهم ذلک الراوی وتزوج شاذان ایضا دلیل علی عدم احتیاجه الی توبه وغیره والروایات المانعه وان کانت صالحه للحمل علی التقیه ایضا خصوصا الروایات الوارده فی المتعه الا ان الجمهور منهم ایضا قالوا بالجواز .

قال ابن رشد فی بدایه المجتهد ،مالفظه واختلفوا فی زواج الزانیه فاجاز هذا الجمهور ومنعها قوم وسبب اختلافهم اختلافهم فی مفهوم قوله تعالی (الزانیه لاینکحهما الازان اومشرک وحرم ذلک ذلک علی المومنین) هل خرج مخرج الذم اومخرج التحریم و هل الاشاره فی قوله (وحرم ذلک علی المومنین) الی الزنا او الی

الى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الايه على الذم لا على التحريم لما جائت فى الحديث ان رجلا قال للنبى صلى الله عليه وآله وسلم فى زوجته انها لاترد يد لامس فقال له النبى (ص) طلقها فقال انى احبها فقال له امسكها وقال قوم ايضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن البصرى انتهى .

لكنه يرد عليه مضافا الى كون الاشاره فى الايه انما هو الى المبحوث عنه وهو النكاح دون الزنا ان الروايه التى اوردها (وقد ورد من طرقنا ايضا مثل ذلك) .

لاتدل على المطلوب لكون المطلوب احداث الزوجيه والابقاء عليها ليس نكاحا حتى يستفاد حكمه من الايه والخبر انما تدل على الثانى وقد ورد من طرفنا ان الحرام لايحرم الحلال كما سيجى، والجمع بين الطائفتين هو حمل الاخيره على الكراهه .

****

فی حکم الزوجه اذا زنت والزوج کذلک

ولاتحرم الزوجه الزانیه وان اصرت وفاقا للمشهورویدل علیه الاصل والاطلاقات من الکتاب والنصوص التی منها ما تقدم.

۱- ومنها موثقه عباد بن صهیب عن جعفربن محمد (ع) قال لاباٴس ان یمسک الرجل امراته ان راها تزنی اذاکانت تزنی وان لم یقم علیها الحد فلیس علیه من اثمها شیی .

۲- ومنها مارواه احمدبن محمدبن عیسی فی نوادره عن ابن ابی عمیر عن علی بن یقطین عن زراره عن ابی عبدالله علیه السلام قال جاء رجل الی النبی صلی الله علیه وآله فقال یارسول الله ان امراتی لاتدفع یدلامس قال طلقها قال یارسول الله انی احبها قال امسکها .

۳- وعن النضر عن عبدالله بن سنان قال ساٴلت اباعبدالله علیه السلام عن رجل رای امراته تزنی ایصلح له ان یمسکها قال نعم ان شاء ، راجع المستدرک ص ۵۷۷ الجلدالثانی .

۴- وفی دعائم اسلام عن جعفر بن محمدعلیهما السلام انه قال فی حدیث فاما ان یتزوج الرجل امراه قدعلم منها الفجورفلیحصن بابه ای یحفظها فقد سئل رسول الله (ص) رجل فقال یارسول الله ماتری فی امراه عندی ماترديد لامس قال طلقها قال انی احبها قال امسکها ان شئت ، والروایه شاهده ولیست دلیلا.

۵- وفی الوسائل ابواب الحدودوالتعزیرات صحیحه زراره عن

ابی عبدالله قال جاء رجل الی النبی فقال یارسول الله ان امراتی لاتدفع یدلامس قال فطلقها فقال یارسول الله (ص) انی احبها قال فامسکها .

۶- وصحیحه عبدالله بن سنان قال سالت ابیعبدالله عن رجل رای امراته تزنی ایصلح له ان یمسکها فقال نعم انشاء .

۷- وموثقه بن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال قضی امیرالموءمنین فی امراه زنت وشردت ان یربطها امام المسلمین بالزوج کمایربط البعیر الشارد بالعقال -

وقدتقدم جوازنکاح المشهوره بالزنا المستفاد منها حکم المراه الزانیه بعدالتزویج بالاولویه فهذه الروایات المتضافره مما یوجب الاعتماد علی الجواز وفاقا للمشهوربین الاصحاب والمخالف فی المسئله هوالمفید وسلارالدیلمی فانهما قالابالتحریم مع الاصرار لفوات فائده التناسل معه فلو ابیح له نکاح المصره بالزنا لزم اختلاط الانساب وهو محذور عنه شرعا" ولا نسب له ولاحرمه لمائه ، واستحسنه فی الریاض وقال مع انه لو

تم لوجب اطرادالحکم فی مطلق الزنا من دون تخصیص بالاصرار وعلی القولین فالزوجیه باقیه اجماعا کماعن المبسوط انتها .

قال فیه اذاکانت له زوجه فزنت لاتبین منه والزوجیه باقیه اجماعا الاالحسن البصری وعن المفید فی المقنعه اذاکان للرجل امراه ففجرت وهی فی بیته وعلم ذلک من حالها (فهو) بالخیاران شاء

امسكها وان شاء طلقها ولم يجب عليه لذلك فراقها ، ولايجوز له امساكها وهي مصره على الفجور فان ظهرت التوبه جاز له المقام عليها وينبغي ان يعتزلها بعدما وقع من فجورها حتى يستبرئها والصريح منه عدم انفساخ النكاح لقوله فان ظهرت التوبه الخ الظاهره في بقاء الزوجيه بل الصريحه فالمراد من عدم جواز الامساك اما ان يكون وجوب الطلاق فيكون متفردا في فتواه اونفيها عنها الى بلد اخرى على وجه بعيد وقد اخذ السلار الحرمه في صورت الاصرار عن المفيد حيث قال وان زنت امراته لم يحرم عليه الا ان تصر فان الاستثناء يقتضي التحريم فان كان المراد منه انفساخ الزوجيه ويراد من الحرمه الوضعيه كما هو الظاهر من التعبير في الحرمه في امثال المقام لكان موافقا للحسن البصري مع ان الشيخ في المبسوط ادعى الاجماع على عدم البينونه منه واكد ذلك بقوله والزوجيه باقيه اجماعا الا عن الحسن البصري .

وقال في الخلاف انه قال به جميع الفقها فلابد ان يراد من الحرمه اما وجوب الطلاق او التبعيد او ووجوب الاستبراء كما تقدم في عبارت المفيد فما يظهر من ابن حمزه في الوسيله واذا اصرت المراه عند زوجها على الزنا انفسخ نكاحها على قول بعض الاصحاب ، مضافا الى كونه اجتهادا " في قبال كلمات الاصحاب اما ان يراد منه الصدوق مقيدا ذلك بالاصرار بما قبل الدخول وان كان لايلائم قوله ايضا فانه قال بالتفريق لمجرد الزنا بمقتضى الروايه ولم يعلم المراد من التفريق في عبارته جزما " حتى يراد منه الانفساخ فيمكن

ان يكون مراد الصدوق عليه الرحمه بالتفريق ايضا، هو الطلاق او الفسخ واما ان يكون هو المفيد بقوله (ترد) مع انها ايضا ليست صريحه في الانفساخ فكيف كان يمكن ان يكون مستند المفيد و سلار هو الروايات الضعيفه اى روايه يونس والسكونى الاتيتين وروايه عبدالرحمن بن الحجاج من جهت السند والدلاله باعتبار عدم وضوح المراد من التفريق والترك فيها فقولهما بل مع قول الصدوق لا يخالف الاجماع الذى ادعاه في المبسوط والخلاف على بقاء الزوجيه فالروايتان اما ان تكونا مطرودتين واما ان تكونا موءولتين على وجه لايخالف الروايات المتضافره الناطقه ببقاء الزوجيه وعدم وجوب الطلاق كما قد عرفت فعدم البينونه يمكن ان يكون مما اتفق الكل عليه الا الحسن البصرى .

وعن الصدوق في المقنع واذا زنت المراه قبل دخول الرجل بها فرق بينهما ولاصداق لها لان الحدث من قبلها واورد عليه في المختلف في فصل العيوب والتدليس ان الطريق ضعيف والوجه ان الزنا لايوجب الرد وقد سلف في المحدوده .

قال في الخلاف مسئله ۷۰ نكاح اذا كانت عنده زوجه فزنت لاينفسخ والزوجيه باقيه وبه قال جميع الفقهاء وقال الحسن البصرى تبين منه وروى ذلک عن على عليه الصلوه والسلام دليلنا اجماع الفرقه واخبارهم والاصل بقاء العقد وانفساخه يحتاج الى دليل ثم استدل بقوله (ص) الولد للفراش وبما روى عن ابن عباس ان رجلا اتى النبى صلى الله عليه وآله فقال امراتى لاتكف يد لامس فقال طلقها فقال انى

احبها فقال امسكها فلو بانت منه لما امره با مساكها انتها .

قال في المختلف اختلف الشيخان فقال المفيد ترد المحدوده في الفجور وبه قال سلار وابن البراج واختاره ابن الجنيد وابو الصلاح وقطب الدين الكيدرى وقال في النهايه المحدوده في الزنا لا ترد و كذلك التي كانت زنت قبل العقد فليس للرجل ردها الا ان له ان يرجع الى وليها بالمهر وليس له فراقها الا بالطلاق وقال ابن ادريس الذي يقول في نفسي ان المحدوده لاترد بل يرجع على وليها بالمهر اذا كان عالما بدخيله امرها فان اراد فراقها طلقها والاقرب عندي عدم الرد للاصل ثم استدل بروايه الحلبي وروايه رفاعه بن موسى ونحن نوردهما بعدا لان الغرض من نقل موارد الاختلاف هو ايضاح محل النزاع وان الزوجيه لاتنفسخ على قول المفيد وسلار ايضا الا ما عن ابن حمزه فانه قال فاذا اصرت المراه عند زوجها على الزنا انفسخ نكاحها على قول بعض الاصحاب كما في المختلف في ابواب المصاهره فان المفيد وسلار قائلين بالرد على خلاف المشهور فالزوجيه باقيه على كل حال قبله كما ادعى عليه الاجماع في المبسوط الا انه في المصره تحرم و في المحدوده ترد على قول المفيد وسلار والاحتياج الى الطلاق مع الاصرار لاينافي الحرمه .

ومما يدل على عدم وجوب الرد وان الزوجيه باقيه الروايات الوارده في ابواب العيوب والتدليس .

فمنها صحيحه عبد الرحمن بن ابي عبدالله التي رواه في الوافي عن التهذيب قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل

تزوج امراه فعلم بعدما تزوجها انها قدكانت زنت قال ان شاء زوجها اخذالصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء تركها؛ قال ترد المراه من العفل والبرص والجذام والجنون فاما ما سوى ذلک فلا.

وليعلم انه لايستفاد منها الحصر وذيل الروايه بصدد بيان الرد من العيوب المذكوره فقط ولايظهر منها عدم الرد من غيرها كالزنا وبعباره اخرى الحصر انما هو بالنسبه الى العيوب البدنيه لا بالنسبه الى غيرها - اضف الى ذلک انه لابد من رفع اليد عن الحصر بقرينه الروايات الاخر وايضا انه لم يعلم صدور الذيل مع الصدر فى مجلس واحد حتى يكون الذيل دليلا على المطلب ولعل الجمع بين الصدر والذيل اما من ابن الحجاج او من غيره من الروات فلايصلح للاستدلال بها كما سياتى فى باب العيوب وغيره وفى باب العيوب القول بجواز الفسخ بالزمانه وهى العاهه كما فى الرياض وفى العرج والاقعاد وكذا فى صورت ضيق الفرج وفى الرتق بناء على عدم كونه قرنا وفى مخيط الشفرتين كما عن التحرير فلايبعد القول به فى صوره عدم العلاج فلايبقى مع ذلک للحصر وجه .

ومنها صحيحه الحلبى عنه عليه السلام انه قال فى الرجل يتزوج الى قوم فاذا امراته عوراء ولم يبينوا له قال لاتردوقال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل الحديث .

ورواه الكلينى عن على بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابى عمير عن حماد مثله الا انه اسقط لفظ (انما) وعلى فرض وجود كلمه (انما) فى

فی الروایه یمکن ان یکون الحصر المستفاد منها بالنسبه الی العور فلایدل علی عدم الفسخ من الزنا .

اضف الی ذلک ان الروایه ظاهره فی عدم الرد حتی مع التدلیس بالعور کما هو مورد الروایه مع صدق التدلیس مع العور ولو مع السکوت فهی تخالف الروایات الداله علی جواز الفسخ مع التدلیس فلابد ان یحمل علی الحکم الاخلاقی لاعلی صرف التعبد .

ومنها صحیح رفاعه بن موسی قال سالت اباعبدالله عن المحدود والمحدوده هل ترد من النکاح قال لاقال ترد من العفل والبرص والجذام والجنون واما ماسوی ذلک فلا ورواه الشیخ باسناده عن محمد بن یعقوب .

ویمکن ان یکون المراد من السئوال من جهه وجوب الرد کما عن الحسن البصری فالمراد من قوله (لاترد) هو عدم وجوب الرد فلایستفاد عدم جواز الرد منها واضف الی ذلک عدم العلم بصدور الذیل مع الصدر فی مجلس واحد .

ومنها صحیح عبدالرحمن بن ابی عبدالله قال المراه ترد من اربعه اشیاء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل مالم یقع علیها فاذا وقع علیها فلا، ولعل هذه هی الروایه السابقه التی نقلناها من الوافی - ویستفاد من روایا تحصر اسباب الرد فی الاربعه ایضا عدم جواز الرد فی صوره الاصرار بالزنا کما لایخفی الا ان یکون الحصر المستفاد بالنسبه الی العیوب البدنیه لاغیرها وهو ایضا بعید .

وفی المستدرک عن النوادر عن فضاله عن رفاعه بن موسی قال

سالته عليه السلام عن المحدوده قال لايفرق بينهما .

نعم في قبال هذه الروايات صحيحه الفضل بن يونس قال سالت ابالحسن موسى بن جعفر عن رجل تزوج امراه فلم يدخل بها فزنت قال يفرق بينهما وتحد الحد ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها .

وصحيح اسمعيل ابن ابي زياد السكوني العامي الثقه عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال قال علي في المراه اذا زنت قبل ان يدخل بها زوجها وقال يفرق بينهما ولا صداق لها لان الحدث كان من قبلها .

ومن المعلوم عدم التعارض بين الطائفتين بعد تخصيص الطائفه الاولى بالعيوب البدنيه وحمل هذين الخبرين على الاطلاق فلاتنافي في البين اصلا وسياتي في باب العيوب ان العقلاء ايضا لايلتزمون العقد في صورت كون المراه معيوبه ببعض العيوب عرفا "كما اذا كان راسها مثلا على قفاها او انفها في عقب رقبتها الى غير ذلك فاستفاده الحصر في غايه الاشكال والقول بالانفساخ اشد اشكالا"

واستدل المفيد عليه الرحمه بصحيحه عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل تزوج امراتا " فعلم بعد ماتزوجها انها كانت قدزنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء تركها الحديث .

ويرد عليه ما اورده عليه الشيخ ان هذا لاينافي ماقدمناه من انه ليس له الرد بمجرد الفسق لانه قال اذا اذا علم انها كانت قدزنت كان له الرجوع على وليها بالصداق ولم يقل ان له ردها ولم يمنع ان يكون له استرجاع الصداق وان لم يكن له رد العقد لان احد الحكمين

منفصل عن الاخر انتها .

لكنك قد عرفت من ذيل الحديث فيما تقدم انه يدل على عدم جواز الرد بقوله فاما ما سوى ذلك فلا راجع صحيح عبدالرحمن المتقدم انفا " .

وايضا ان ما ادعاه من امساكها مع اخذ الصداق ممن زوجها مما لا يوافق اصولهم وقواعدهم لعدم كون البضع مجانا وكانه على هذا حمل قوله ان شاء تركها على ترك اخذ المهر كما صرح به في الحدائق والا فلا معنى لهذا الكلام على تقدير حمله المذكور فالتخيير بين فراقها وامساكها لكنه عبر عن فراقها بلازمه الذى هو استرجاع المهر ممن زوجها .

وقد اعترض عليه في المختلف فقال اذا ثبت عدم كونه عيبا فلا يلزم على الولى مهر وان كان عيبا كان عليه الفسخ والرجوع .

لكنك ستعرف في باب العيوب انه مع التدليس يوجب الفسخ و مع عدمه لايوجبه كما سياتى .

فالروايات الداله على التفريق اما ان يحمل على استحباب الطلاق او على مده النفى كما في الوسائل وانه قال ايضا وتقدم فى عده احاديث ان الحرام لايحرم الحلال - فهذه الطائفه من الروايات ايضا تؤيد فتوى المشهور واما ان يحمل على التقيه لموافقته بفتوى الحسن البصرى وان الزنا على مذهبه يفسخ النكاح كما يمنع من صحته على ما نقل عنه ابن رشد في بدايته ص ٤٠ كتاب النكاح فراجع فاذا كان المراد من التفريق بينهما هو انفساخ الزوجيه فالروايات مخالفه

لاجماع الطائفه بل حتى المخالفين ايضا الاالبصرى الاان يقال ان المراد منه الطلاق كماقدعبر عنه بالتفريق فى باب الخصي والعنين وغيرهما.

(فى زناء الزوج)

١- واما زناء الزوج فيدل على عدم التفريق صحيحه رفاعه بن موسى انه سئل اباعبدالله عن الرجل يزنى قبل ان يدخل باهله ايرجم قال لاقلت هل تفرق بينهما اذا زنى قبل ان يدخل بها قال لا.

ويدل على التفريق روايه طلحه بن زيد عن جعفرعن ابيه عليهما السلام قال قرات فى كتاب على عليه السلام ان الرجل اذاتزوج المراه فزنى قبل ان يدخل بها لم تحل له لانه زان ويفرق بينهما ويعطيها نصف الصداق .

وروايه على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سالته عن رجل تزوج بامرته فلم يدخل بهافزنى ما عليه قال يجلدالحدويحلق راءسه ويفرق بينه وبين اهله وينفى سنه - فلابدمن حملهما اما على استحباب مطالبه الطلاق واما على التفريق بينهما بنفى الزوج سنته .

قال الصدوق طاب ثراه فى العلل بعدنقل روايه طلحه والذى افتى به واعتمدعليه فى هذاالباب ماحدثنى محمدبن الحسن رضي الله عنه عن محمدبن الحسن الصفار عن احمدبن محمدبن عيسى عن الحسين بن سعيد عن ابن ابى عميروفضاله بن ايوب عن رفاعه قال سالت الى ان قال وزادفيه ابن ابى عميرولايحصنن بالامه فيظهرمن كلمته

ایضا ان الافتاء والاجتهاد کان متداولا" فی عصر الصدوق ومن قبله فانه اجتهد فی ترجیح بعض الروایات علی بعض ثم افتی بما هو المرجح فی نظره وافتی به فهو مما یدل علی بطلان مقاله الاخبار بین القائلین بعدم جواز الافتاء والاجتهاد هذا ولکنه افتی فی المقنع بخلاف ما فی العلل بقوله اذا تزوج الرجل المراه فزنی قبل ان یدخل بها لم تحل له لانه زان ویفرق بینهما ویعطیها نصف الصداق و فی حدیث اخر یجلد الحد ویحلق راسه ویفرق بینه وبین اهله وینفی سنه- وکیف کان فالامر بعد اعراض المشهور عنها یحمل علی ضرب من الکراهه والظاهر تفرد الصدوق فی هذه المسئله وعدم موافقه المفید وغیره له فیها فیکون شاذا فلابد من ترکه والاخذ بما اشتهر بین الاصحاب ، واما حمل حدیث طلحه ومافی معناه علی ما اذا اشتهر بالزنا وحدیث رفاعه علی ما اذا لم یشتهر کما ارتکبه الفیض فی الوافی فمما لا شاهد له ولیس هذا الجمع عرفیا بعد واتحاد موردهما وهو الزنا قبل الدخول بالزوجه .

(فی الزنا بذات البعل والعده)

ولو زنی بذات بعل اوفی عده رجعیه حرمت علیه ابدا فی قول مشهور ففی کشف اللثام نسبه الی قطع الاصحاب وفی الجواهر لا نجد فیه خلافا کما عن جماعه الاعتراف به وعن الغنیه والحلی وفخر المحققین الاجماع علیه وعن السید فی الانتصار مما انفردت به الامامیه القول بان من زنی بامراه لها بعل حرم علیه نکاحها ابدا وان فارقها زوجها وباقی الفقهاء یخالفون فی ذلک والحجه فی ذلک اجماع

الطائفه الی ان قال وقدوردمن طرق الشیعه فی حظرما ذکرناه اخبار معروفه ثم قال ومماظن انفرادالامامیه به‌القول بان من زنی‌بامراه وهی فی عده من بعل له فیها علیها رجعه حرمت علیه بذلک ولم‌تحل له ابداوالحجه لاصحابنا فی هذه‌المسئله‌الحجه التی قبلهاوالکلام فی‌المسئلتین واحدانتهی.

وفی الفقه المنسوب الی مولانا الرضا علیه‌السلام ومن تزوج امراه لهازوج دخل بهااولم یدخل بها اوزنی بهالم تحل له‌ابدا۔ ویمکن ان یکون مقصود السید قده من الروایات المعروفه هو الروایات‌الوارده فی تزویج ذات‌البعل وذات‌العده الرجعیه و استفاده حکم‌الزنا منها بالاولویه‌القطعیه وعن العلامه‌فی‌التحریر من زنی بذات بعل سواء دخل بهاالبعل اولا اوفی عده رجعیه حرمت علیه‌ابدا سواء علم فی حال زناه کونهاذات‌بعل اوعده‌رجعیه اولم یعلم ولوزنی بذات عده باین اوعده وفات فالوجه انه‌لایحرم‌علیه‌عملا بالاصل ولیس لاصحابنا فیه نص‌الی ان قال ولوزنی بمتمتع بهافی المده حرمت‌ابدا ولوانقضت‌المده ـ قبل انقضاء العده‌فالاشکال کماقلناه فی عده‌البائن والتحریم یحصل مع الزنافی‌القبل اوالدبر لصدق اسم الزانی علیهاولوزنی بذات‌بعل لشبهه فالوجه‌التحریم انتها.

وفی الریاض عن بعض متاخری الاصحاب انه قال روی ان‌من زنی بامراه لهابعل اوفی عده‌رجعیه حرمت علیه لاتحل له‌ابداقال وهو ینادی بوجودالروایه فیه بخصوصه.

ومع ذلک کله اذا قطعنا النظر عن الاجماع یمکن الخدشه فی جمیع ذلک اما ادعاء السیدفی الانتصار فیمکن ان یکون بمقتضی الروایات الوارده فی باب العقد علی ذات الزوج مع عدم تمامیه المطلب فیه اواراده اخبار ذات العده الرجعیه وغیرها کما تقدم والاخبار التی ادعاها لوکانت معروفه لوصلت بایدینا واحده منها ، واما الفقه الرضوی فلعدم سند صحیح لهذا الکتاب وعدم اعتباره وعدم معلومیته مولفه کما لایخفی واما روایه الریاض فمما لم یثبت لنا وجودها و اما الاولویه فممنوعه اذ الاحکام التعبدیه لایمکن منها استفاده المناط فلعل المفسده فی تزویج ذات البعل اشد من مفسده الزنا بها فتامل.

الا ان الظاهر من العلامه ومن تقدمه وجود الاجماع وحیث اسنده الی قطع الاصحاب فی کشف اللثام والتردید من المحقق فی الشرایع بقوله علی قول مشهور لایعتنی به وان کان فیه مجال التامل ایضا کما کان محل التامل فی التزویج بذات البعل .

والکلام فی العده الرجعیه هو الکلام فی ذات البعل لما عن الانتصار وغیره واما الزنا بذات العده البائنه اوعده الوفات فالاصل عدم الحرمه وعدم وجود نص للاصحاب فیه کما اعترف به العلامه ولافرق فیما ذکرناه بین الزنا فی القبل اوالدبر لصدق اسم الزانی علیها سواء علم فی حال الزنا انها ذات بعل اوعده رجعیه اولم یعلم ذلک .

واما اذا یکون الوطی لشبهه من طرف الواطی مع علم الزوجه به فالاقوی ایضا عدم التحریم لعدم الدلیل فمع الشک فی کون الوطی

السابق هل کان عن شبهه حتی لایکون محرما اوکان علی وجه الزنا حتی یکون حراما فلایمکن الاخذ فی هذه الصوره بالعمومات من قبیل احل لکم ماوراء ذلکم وانکحوا الایامی او وانکحوا ما طاب لکم من النساء لکون التمسک بها من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه للمخصص وکذلک لایمکن التمسک بقوله ان الحرام لایحرم الحلال لکون المصداق من الشبهه المصداقیه وغیرذلک من الاخبار وهل یمکن التمسک بالاستصحاب ای استصحاب الحلیه الذاتیه التی کانت قبل التزویج اوفی حال التزویج فالظاهر عدم المانع من التمسک بها والحرمه الظاهریه والعرضیه بواسطه الازدواج قد انقطع بقطع سببه و هو الزوجیه فیبقی استصحاب الحلیه الذاتیه بلا معارض کما هوظاهر.

****

فی عدم صحه العقد بعداللواط علی الغلام لامه او اخته او بنته

من فجربغلام فاوقبه حرم علی الواطی العقد علی ام‌الموطوء واخته وبنته ولایحرم احدایهن لوکان عقدها سابقا انتها .

والمرادمن الاخت هی بنفسها دون بناتها اتفاقا لعدم‌صدق الاسم علیها بخلاف الام‌فانها وان‌علت امو البنت فانها وان‌نزلت بنت من ذکر اوانثی من النسب اتفاقا ومن‌الرضاع کماسیجیی .

قال فی‌المختصرالنافع من لاط بغلام فاوقبه حرمت علیه‌ام‌الغلام وبنته .

وفی الخلاف اذا فجربغلام فاوقب‌حرم علیه بنته‌وامه‌واخته‌وقال الاوزاعی اذالاط بغلام حرم علیه بنت‌هذاالغلام لانهابنت‌من قد دخل به وخالف‌فی ذلک‌جمیع الفقهاء دلیلنااجماع الفرقه واخبارهم وطریقه‌الاحتیاط تقتضی تجنب ذلک ـ مسئله ۹۰ نکاح خلاف .

وفی الانتصار مما انفردت‌الامامیه به‌القول بان من تلوط بغلام فاوقب‌لم تحل له ام الغلام ولااخته ولابنته ابدا " وحکی‌عن الاوزاعی وابن حنبل ان من تلوط بغلام یحرم علیه تزویج ابنته والطریقه فی هذه‌المسئله کالطریقه فی ماتقدمها من المسائل وفی الناصریات‌فی مسئله ان الزنا لایوجب‌تحریم المصاهره‌الی ان قال فان قیل فی‌الخبرالاول (لایحرم‌الحرام‌الحلال) انتم تذهبون الی‌خلاف ذلک‌وتقولون ان من تلوط بغلام فاوقبه لم تحل له‌امه‌ولااخته و لا

ولابنته ابدا" قلنا ظاهر الخبر يدخل فيه ما عارضتم به وانما اجزنا منه المتلوط بدليل ولادليل على ما اختلفنا فيه يوجب تخصيص الظاهر .

وفی القواعد لو اوقب غلاما اورجلا" حيا اوميتا علی اشكال حرم عليه ام الغلام اوالرجل او اخته اوبنته موبدا من النسب ومن الرضاع وفی الفاعل الصغير اشكال .

وفی التحرير ما لفظه لو لاط بغلام اورجل فاوقب فانه يحرم على اللائط ام المفعول به واخته وبنته تحريما موبدا سواء كان اللواط بايقاب الحشفه بكمالها اوبجزئها بعد ان يتحقق الايقاب وسواء كانا صغيرين اوكبيرين اوبالتفريق ولاتحرم علی المفعول اقارب الفاعل ولاتحريم مع عدم الايقاب من الطرفين ويحرم مع الايقاب جده المفعول وان علت وبناته وان نزلن ولوكان له ام اواخت او بنت من الرضاع فالاقرب تحريمهن ايضا ولاتحرم بنت اخيه ولا اخت ابيه ولولاط المجنون فالاقرب التحريم عليه بعدزوال عذره ولولاط مكرها على اشكال اوتشبه عليه بامراه فكذلك انتها .

وعن الشهيد فی اللمعه من اوقب غلاما اورجلا حرمت علی الموقب ام الموطوء واخته وابنته وقال الشارح ولافرق فيهما بين الصغيرين والكبيرين علی الاقوی للعموم فيتعلق التحريم قبل البلوغ بالولی وبعده به وفی المحكی عن النهايه من فجر بغلام فاوقب حرم عليه العقد على امه واخته وبنته على جميع الاحوال وفی مختصر النهايه من لاط بغلام فاوقبه حرمت عليه ام الغلام وبنته انتهی هذه جمله مما صرحوا به

فی عنوان المسئله لکن الدلیل علی ذلک ما اشار الیه السید والشیخ قدس سرهما فی الخلاف الاخبار الوارده فیها .

۱- (فمنها) صحیحه ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن ابی عبد الله فی رجل یعبث بالغلام قال اذا اوقب حرمت علیه ابنته واخته .

۲- ومنها روایه ابراهیم بن عمر (الذی هو کالصحیح لتوشیق النجاشی ایاه المقدم علی تضعیف ابن الغضائری کما فی محله) عن الصادق علیه السلام فی رجل یلعب بالغلام هل تحل له امه قال انکان ثقب فلا.

۳- وروایه حماد بن عثمان قال قلت لابی عبد الله رجل اتی غلاما اتحل علیه اخته قال فقال انکان ثقب فلا.

۴- وعن الصدوق فی عقاب الاعمال قال روی عن ابی عبد الله فی رجل لعب بغلام قال اذا اوقب لم تحل له اخته ابدا .

فهنا امور الاول فی الایقاب وانه هل یتحقق ببعض الحشفه کما عن التحریر وقد تقدم وعن القواعد والایقاب ادخال بعض الحشفه ولو قلیلا ونص علیه ابن ادریس کما عن کشف اللثام

وعن اقرب الموارد وقب الرجل ایقابا الشیی ادخله فی الوقبه الوقب مصدر ونقرت فی الصخره یجتمع فیها الماء وکل نقره فی الجسد والوقبه ایضا نقره فی الصخره یجتمع فیها الماء فادخال بعض الحشفه یصدق معه الایقاب کما عن الروضه والریاض لصدق الایقاب علیه مع تامل فی انصرافه الیه الا ان الاتفاق فی الظاهر واقع علیه انتها .

وفی الجواهر ان المراد بالایقاب ادخال بعض الحشفه لانه لغته ادخال القضیب فیصدق بمسماه بخلاف الغسل المعلق نصا " وفتوی علی غیبوبه الحشفه التی هی التقاء الختانین انتهی .

ویرد علیه انه لوکان الایقاب هو ادخال القضیب کما ادعاه فلا بد من تحقق الموضوع ادخال القضیب بجمیعه اذ ادخال نصفه نصف القضیب لاتمام القضیب فالمراد من الایقاب هو الادخال ولو بالبعض فی الثقبه کما دل علیه روایه حماد بن عثمان وابراهیم بن عمر بقوله علیه السلام (اذا ثقب فلا) فالادخال ولو ببعض الحشفه یتحقق منه الثقبه .

الثانی هل یشمل الحکم بما بعد التزویج سواء دخل ام لا فاختار (عدم التحریم) مع سبق العقد کما عن الشرایع فیما تقدم وعن الانتصار والمحکی عن النهایه ان الکلام فی العقد والتزویج بعد الوطی والاوزاعی واحمد ایضا قائلین لحرمه التزویج فی صورة الدخول وعن الشهید ایضا عدم الحرمه مع سبق العقد وکانه مختار الشارح ایضا بقوله الاصل ولقولهم علیهم السلام ان الحرام لایحرم الحلال الی غیر ذلک .

لکن عن ابن سعید التصریح بانفساخ نکاح المراه بالایقاب وهو ظاهر فی عموم التحریم وعن الاسکافی ایضا التصریح بالتحریم بعد العقد وقبل الوطی مویدا ذلک کله باطلاق ما عن المقنعه والمحقق فی المختصر النافع وتعبیر الشیخ فی الخلاف وان کان یفید العموم الا ان المراد منه هو ما فی الانتصار من حرمه التزویج قبال العامه القائلین بجوازه واطلاق کلام عده من الاصحاب یفید العموم ویدل علیه

مضافا الی اطلاق الاخبار المتقدمه صحیحه ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یاتی اخا امراته فقال اذا اوقبه فقد حرمت علیه المراه وتقییدها بصوره وقوع الوطی قبل العقد وان کان ممکنا الا انه تقیید بغیر دلیل ولا شاهد اذ الاخبار الداله علی ان الحرام لایحرم الحلال یراد منها الحرمه الذاتیه فعلی ای حال لابد من التقیید ولوکان الوطی قبل العقد کما اعترف به المرتضی فی ما تقدم من ناصریاته فهذا الخبر والاطلاقات المتقدمه وان کانت تشمل حتی بعد الدخول ایضا الا ان الظاهر عدم القائل به حتی الاسکافی واطلاق ما عن ابن سعید یحمل علی صوره الانفساخ قبل الدخول اللهم الا ان یراد من اطلاق الاخبار المتقدمه حرمه التزویج فقط موءیدا ذلک ما عن فقه الرضا (ع) ومن لاط بغلام الی ان قال ولاتحل له اخته فی التزویج ابدا وابنته وقال فی موضع اخر ومن ولج بالصبی لم تحل له اخته ابدا " فیراد منه ایضا التزویج لکنه مع ذلک کله مشکل فالاحتیاط لایترک .

وعلی عدم التحریم قیل الظاهر عدم الفرق بین مفارقته من سبق عقدها علی الوطی وعدمه لاستصحاب الحلیه الذاتیه التی کانت قبل الطلاق فما عن بعض الافاضل من المیل الی الحرمه بعد الطلاق لصدق ان التزویج واقع بعد الوطی فی غیر محله .

الثالث الظاهر عدم الفرق بین ان یکون الوطی عن علم واختیار او مع الاشتباه اوالاکراه کما اذا تخیله امراته اوکان مکرها لاطلاق الاخبار المتقدمه وصدق عنوان الایقاب والاتیان الماخوذین فی

فی الروایات المتقدمه بل واطلاق معاقد الاجماعات وکلمات الاصحاب مضافا الی کون الحرمته فی المقام وضعیا لا مدخلیه للعلم والجهل فیه .

نعم لوکان المباشر للفعل هو المفعول بحیث لم یصدق الانتساب الی الفاعل مطلقا فالظاهر عدم صدق الایقاب ولا الاتیان بوجه وان کان الاحتیاط لایخلو من وجه .

الرابع هل الحکم یشمل لمطلق الواطی وان کان صغیرا" او الموطوء وان کان شیخا کبیرا " وکهلا" فالظاهر من الانتصار والخلاف والشرایع والقواعد بل صرح به المحقق الثانی التحریم لعدم الفرق فی حکم المصاهره بین الصغیر والکبیر والبالغ وغیره وصدق عنوان الحکمه علیه بعد البلوغ فیقال انه رجل اوقب وان کان ایقابه سابقا والتحریم فی النص خارج مخرج الغالب - ومجال الخدشه فی بعض ماذکروا وان کان واسعا الا انهم فهموا من الروایات ان اللواط یترتب علیه الحرمه من دون خصوصیه للفاعل ومجرد القرینه الخارجیه بکون اللواط غالبا علی من تجاوز عن العشره اوفی هذه الا وان لا یمنع عن الاخر بالاطلاق مضافا الی مافی القران من اطلاق الغلام علی ما یرادف کلمه (پسر) فی اللغه الفارسیه کما فی قضیه ابراهیم وقضیه ذکریا کمافی سوره آل عمران قال انی یکون لی غلام وقدبلغنی الکبر وامراتی عاقر وقوله تعالی یا ذکریا انا نبشرک بغلام اسمه یحیی فی سوره مریم وقال رب انا یکون لی غلام وکانت امراتی عاقرا" و قد

بلغت من الکبر عتیا وکما فی سوره مریم ایضا وفیها انما انا رسول ربک لاهب لک غلاما ذکیا قالت انا یکون لی غلام ولم یمسسنی بشرولم اک بغیا " وقوله تعالی لاتوجل انا نبشرک بغلام علیم وقوله تعالی فبشرناه بغلام حلیم وفی سوره الذاریات فاوجس منهم خیفه قالوا لا تخف فبشروه بغلام علیم الی غیرذلک من مواردا ستعمالاته فی لسان الروایات فی ابواب تقبیل الغلام بشهوه وعن الفقه الرضا من ولج بالصبی فما یتراءی من بعض اللغویین فی تفسیره به (الطارد الشارب) کما فی المنجدوغیره انما یراد به احدمعانیه المعروفه ففی اقرب الموارد بعدذکر المعنی الاول قال والکهل ایضا ضدا ومن حین یولد الی ان یشب والعبد والاجیرانتهی وکلمات الاصحاب المتقدمه المعبره به (من) الشامل للصغیروالکبیرالان رفع الید عن العنوان الماخوذ فی الاخبار فی غایه الاشکال .

الخامس عدم الفرق فیما ذکر بین کون الغلام حیا اومیتا " علی اشکال کما فی القواعدوغیره الا ان الاطلاقات محکمه نعم الظاهرعدم الفرق بین العناوین المحرمه النسبیه والرضاعیه لعموم مایحرم من النسب یحرم من الرضاع ایضا .

(السادس) فی القواعد لواوقب خنثی مشکلا اواوقب فالظاهرعدم التحریم قیل لعله الاصل مع الشک فی تحقق السبب اذاکان فاعلا" للشک فی کون العضو ذکرا " واما اذاکان موطوئا وکان الوطی فی دبر الخنثی حرمت امها وبنتها علی اللواطی لانه اما لواط فی الواقع باعتبارکونه مذکرا " اوزناء باعتبارکونه مونثا فی الواقع (لاقسما "

ثالثا كما لايبعد تصوره كما اذا كان له الحالتين الرجالية والنسائية واقعا) فعلى فرض كونه لواطا حرمت عليه امها وبنتها واما ان يكون زناء حرمت عليه الام والبنت، اذا كان سابقا على العقد.

(السابع) ولايحرم على المفعول بسبب الايقاب شي عندنا كما عن الرياض وغيره للاصل والعموم وظهور عدم شمول النصوص له وربما نقل عن بعض الاصحاب تعلق التحريم به كالفاعل وهذا القول نقله السيد الفاخر ولم يعين قائله لكن الشهيد قال وهو الظاهر من كلام الراوندي في شرح النهاية محتجا عليه برواية حسنة ابن ابي عمير و رواية ابراهيم بن عمرو وموسى بن سعدان لاحتمال عود الضمير بكل من الفاعل والمفعول لكنه مضافا الى انه استعمال اللفظ في اكثر من معنى واحد وانه لايجوز عرفا (وان كان جايزا عقلا) ان الضمير في اوقب او ثقب انما يرجع الى الفاعل فلذا ادعى الاجماع على العدم في ناحية المفعول في صريح التذكرة والروضة على ما في الرياض مع كون التجنب احوط وان لم يكن متعينا".

(الثامن) لايحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير العناوين الثلثة المذكورة فلا باس بنكاح ولد اللواطي ابنة الموطوء او اخته او امه بلا خلاف اجده فيه كما في الجواهر وان كان الاولى الترك في ابنته لرواية موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال كنت عند ابي عبدالله فقال له رجل ما ترى في شابين كانا مصطجعين - فولد لهذا غلام وللاخر جارية (وفي الوافي مضطجعين وفي الوسائل مصطحبين والامر سهل) ايتزوج ابن هذا ابنة هذا قال فقال نعم سبحان الله لم لا يحل

فقال انه کان صدیقا له قال فقال وان کان فلا باٴس(یب) انه کان یکون بینهما مایکون بین الشباب قال لاباٴس(ش) فقال انه کان یفعل به قال فاعرض بوجهه ثم اجاب وهومتستربذراعه فقال ان کان الذی کان منه دون الایقاب فلاباٴس ان یتزوج وان کان قد اوقب فلایحل له ان یتزوج، باعتبار حملها علی الکراهه لعدم صحه السند وعدم قائل به علی مااعترف به فی الجواهر فیحمل علی الکراهه.

****

(فی بیان احکام عقدالمحرم)

اذا عقدالمحرم علی امراه عالما بالتحریم حرمت علیه ابدا" ولوکان جاهلا" فسد عقده ولم تحرم،

والظاهرمن معقد اجماع الاصحاب الحکم بالحرمه الابدیه و ان لم یدخل کماصرح به فی الوسیله حیث قال والسبب فی التحریم ضربان اما یحرم نکاحها ابدا" اوفی حال دون حال فالاول اربعون صنفا" الرضیع والمعقود علیها فی العده اوفی حال الاحرام من الرجل وهوعالم بتحریمه دخل بها اولم یدخل انتهی.

وفی الانتصار ومما انفردت به الامامیه القول بان من تزوج امراه وهومحرم عالما بان ذلک محرم علیه بطل نکاحه ولم تحل له المراه ابدا وهذا ممالم یوافق فیه احدمن الفقهاء ولان الشافعی ومالک وان ابطلا نکاح المحرم (وجوز ذلک ابوحنیفه) فانهما لا یقولان انه اذافعل ذلک علی بعض الوجوه حرمت علیه المراه ابدا دلیلنا الاجماع المترددانتهی.

وفی نکاح المراسم وان لایکون العقد علیها فی احرام فانه لا یصح وتحرم علیه ابدا" لکن فی حج المراسم قال وثالثه ای لادم فیه فعلی خمسه اضرب الی ان قال وثالثه ما فیه الفراق الموبد وهوالمحرم اذاعقد علی امراه وهوعالم بتحریم ذلک فرق بینهما ولم تحل له ابدا" وان کان غیرعالم بذلک فرق بینهما لبطلان العقد وله ان یستانف اذا احل انتهی.

وفي الغنيه حكم ببطلان العقد من غيرتفصيل فراجع .

وفي الخلاف اذا تزوجها في حال احرامها جاهلا" فدخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا" وانكان عالما ولم يدخل بها فرق بينهما ايضا ولم تحل لهابدا" وخالف جميع الفقهاء فيهما دليلنا اجماع الفرقه واخبارهم وطريقهالاحتياط وفي حج الخلاف اذا عقدالمحرم على نفسه عالما بتحريم ذلك اودخل بها وان لم يكن عالمافرق بينهما ولاتحل له ابداولم يوافقنا عليه احدمن الفقهاء دليلنااجماع الفرقه وطريقهالاحتياط واخبارهم قدذكرناها فيالكتاب الكبير .

لكنه خالف في المبسوط والنهايه حيث قال في المبسوط اذا تزوج امراه وهو محرم فرق بينهما ولاتحل لهابدا اذاكان عالما" بتحريم ذلك فان لم يكن عالما" جازلهالعقدعليها بعدالاحلال انتها .

قال فيالنهايه ومن تزوج امراه وهومحرم فرق بينهما ولم تحل له ابدا اذاكان عالما" بتحريم ذلك عليه فان لم يكن عالما" به جازله ان يعقد عليها بعدالاحلال انتهى وتبعه على ذلك ابن البراج وابن ادريس قدهما .

وعن ابن الجنيد ليس للمحرم ان يتزوج ولايزوج محلا ولايشهد نكاح محلين ولايخطب والظاهر منه حرمهالشهاده والخطبهالاان الشيخ وابن حمزه قائلين بالكراهه فيالخطبه .

وعنالمفيد من عقدعلى امراه وهومحرم مع العلم بالنهى عن ذلك فرق بينهما ولم تحل لهابدا" ولم يتعرض للجهل ولالدخول .

قال الصدوق فی المقنع فی باب الحج ولیس للمحرم ان یتزوج ولایزوج محلا فان زوج اوتزوج فتزویجه باطل الی ان قال فاذا تزوج المحرم امراه فرق بینهما ولها المهر ان کان دخل بها ، ولم یفصل بین العلم والجهل والدخول وعدمه بل الظاهر من اطلاق کلامه الحکم بالتفریق بمجرد التزویج وفی نکاح المقنع ولایجوز للمحرم ان یتزوج ولایزوج واذا تزوج فی احرامه فرق بینهما ولاتحل له ابدا " .

وعن العلامه فی التحریر المحرم اذا عقد علی امراه فان کان عالما بالتحریم حرمت علیه ابدا " سواء دخل بها اولم یدخل وان لم یکن عالما بالتحریم فسد عقده ولاتحرم موبدا بل یجوزله العقد علیها بعد الاحلال وان کان عالما " بالاحرام ولم یفرق علمائنا بین الدخول وعدمه بل اطلقوا القول بجواز المراجعه مع الجهاله الا ابن ادریس فانه قال انها تحرم ابدا مع الدخول وان کان جاهلا" ولانعرف مستنده انتهی .

وعده ابن حمزه فی المحرمات علی التابید المعقود علیها فی حال الاحرام من الرجل وهوعالم بالتحریم دخل بها اولم یدخل ، ولوعقد جاهلا" بالتحریم ولم یدخل بها فاذا علم بذلک فرق بینهما فاذا خرج من الاحرام جاهلا علیها عقدعلیها ان شاء .

وعن العلامه فی المختلف بعدسرد بعض الاقوال والذی بلغنا فی هذا الباب مارواه زراره عن الصادق علیه السلام والمحرم اذا تزوج وهو یعلم انه حرام علیه لاتحل له ابدا " ومقتضی هذه الروایه التحریم مع العلم سواء دخل بها اولا وعدمه مع الجهل سواء دخل بها اولا عملا"

بالمفهوم انتهی .

فالمستفاد من کلماتهم رضوان الله تعالی علیهم اجمعین هوالحرمه الابدیه فی صورهالعلم الا ماعن الخلاف فهو خالف نفسه فی النهایه والاطلاق عبارهالصدوق فی المقنع فانه ایضا مضمون بعض الروایات التی تتقید بصورهالعلم بقرینه الاخری:

۱- فمن الروایات المطلقه صحیح بن سنان عن ابی عبدالله قال لیس للمحرم ان یتزوج ولایزوج وان تزوج اوزوج محلا فترویجه باطل وفی ذیل مارواه الصدوق زاده وان رجلا" من الانصار تزوج وهومحرم فابطل رسول الله نکاحه،

۲- وصحیح ابراهیم بن نعیم الکنانی قال سالت اباعبدالله عن محرم یتزوج قال نکاحه باطل .

۳- وصحیح معاویه بن‌عمار قال المحرم لایتزوج ولایزوج فان فعل فنکاحه باطل .

۴- ومرسله الحسن بن علی عن ابی‌عبدالله قال المحرم لاینکح ولاینکح ولایشهد فان نکاحه باطل .

۵- ومرسله الصدوق قال (ع) من تزوج امراه فی احرام فرق بینهما ولم تحل له ابدا" .

۶- ومارواه الصدوق فی الفقیه عن الحسن بن محبوب عن یونس بن یعقوب قال سالت اباعبدالله عن المحرم یتزوج قال لاولایزوج المحرم المحل وفی خبرآخران زوجا وتزوج فنکاحه باطل .

۱- وفي قبال هذه المطلقات ما رواه في الكافي العده عن سهل ومحمد عن احمد جميعا عن البزنطي عن المثنى عن زراره وداود بن سرحان عن ابي عبدالله عليه السلام وابن بكير عن اديم بياع الهروي عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال الملاعنه اذا لاعنها زوجها لم تحل له ابدا والذي يتزوج المراه في عدتها وهو يعلم لا تحل له ابدا والذي يطلق الطلاق الذي لاتحل له. حتى تنكح زوجا غيره ثلث مرات وتزوج ثلث مرات لاتحل له ابدا والمحرم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لاتحل له ابدا" رواه في الوافي - ص ۴۶ - نكاح .

۲- ونحوها الروايه المرويه عن كتاب الحسين بن سعيد ويمكن ان يستدل ايضا .

۳- بصحيح محمد بن قيس عن ابي جعفر قال قضى اميرالمؤمنين (ع) في رجل ملك بضع امراه وهو محرم قبل ان يحل فقضى ان يخلي سبيلها ولم يجعل نكاحه شيئا حتى يحل فاذا احل خطبها ان شاء وان شاء اهلها زوجوه وان شاؤا لم يزوجوه ويرفع اليد عن اطلاقه بقرنيه الروايات المتقدمه لئلا يكون مخالفا لجميع الروايات والاجماعات لان اطلاقه يوافق العامه القائلين بعدم الحرمه الابديه حتى مع العلم .

والظاهر من المقيدات عدم الحرمه حتى مع الدخول والاصل ايضا يقتضي ذلك والمخالف هو الشيخ في الخلاف كما تقدم (بقوله او دخل بها وان لم يكن عالما") وقيل بل الكافي والغنيه وابن ادريس وبن

حمزه وصاحب الایضاح فحرموها مع الدخول فی صورة الجهل ومستنده غیر واضح سوی الالحاق بذات العده وهوقیاس لانقول به ودعوی اجماع الفرقه وطریقه الاحتیاط والاخبار غیر صالحه الاستنادلان الاجماع متقید بصورة العلم کما هواطلاق عباره النهایه والانتصاروقبله المفیدوطریقه الاحتیاط لایقاوم الدلیل واصل البرائه، والاخبارقد عرفت لابد من تقییدها بصورة العلم لیس الاوالا یلزم طرح صحیحتی زراره وداود بن سرحان مع ان اطلاق صحیح محمدبن قیس ایضا یشمل صوره الدخول وقدصرحالعلامه فی مانقلناعنه من تحریره و مختلفه، بل الاجماع المحکی عن المنتهی والتذکره وعبارةالشرایع وغیره ایضا یوجب الاطمینان بالتقیید.

ثم انه لافرق فیماذکر بین کون الاحرام لحج واجب او مندوب اولعمره واجبه اومندوبه ولافی النکاح بین کونه دائما اومتعته ومع الجهل ایضا یبطل النکاح کمافی روایه محمدبن قیس المتقدمته واما مع الغفله عن الحرمته کمالوکان عالما "بالحکم لکن کان غافلا" عن کونه محرما اوناسیا فلااشکال فی بطلان العقد لروایه محمد بن قیس وغیره لکنه فی کونها محرما ابدااشکال ویمکن ان یقال ان المراد من العلم فی صحیح زراره وداود هوالتوجه فیخرج عنه صوره الغفله والنسیان ، والتمسک بحدیث الرفع یوجب عدم حرمه العقد لرفع النسیان موضوعا وحکما لکن الالتزام به فی خصوص رفع الحکم مما لاضیرفیه لکن یحکم بالبطلان من جهته النص .

ولوتزوج فی حال الاحرام لکن کان باطلا من غیرجهته الاحرام

کتزویج اخت الزوجه اوالخامسه فهل یوجب التحریم قبل الظاهر ذلک لصدق التزویج والنکاح وربما یستانس له بروایه حکم بن عتیبه التی رواه الصفار عن محمدبن السندی الذی لم یوثق عن معویه بن میسره بن شریح القاضی الذی لم یردفیه توثیق عن الحکم بن عتیبه (الذی ورد فی ذمه روایات فی رجال الکشی وهومن فقهاء العامه و استاذ زراره وحمران والطیار قبل ان یروا هذاالامروقدتوفی سنته ماه و اربعه عشر اوخمسه عشر) قال سالت اباجعفر عن محرم تزوجا مراه فی عدتها قال یفرق بینهما ولاتحل له ابدا ، ومن المعلوم ان التزویج مع قطع النظر عن الاحرام کان باطلا" من جهته العده وفیه انه مع الاغماض عن السند انها مختصته بموردها وهوتزویج المحرم ذات العده والتجاوز عنه الی غیره قیاس لانقول به .

وعن العلامه فی التحریر فی ذیل مسئله عقدالمحرم والظاهران مراد علمائنا بالعقد المحرم والعقد فی ذات العده انما هوالعقد الصحیح الذی لولاالمانع ترتب علیه اثره واما العقدالفاسد فان کان العاقد یعلم فساده فلا اعتبار به وان لم یعلم فساده کمن اعتقد تسویغ نکاح الشغار لشبهه ففی الاعتداد به اشکال اقربه انه کالصحیح انتهی .

والعمده فی المقام هوکون المسئله خلاف القاعده فالمسلم من الحرمه هوالعقد الصحیح لولا المانع واما لوکان البطلان لفقد بعض الارکان بحیث لایصدق علیه التزویج الصحیح لولا الاحرام فلایوجب الحرمه .

(فی الوکاله حال الاحرام)

ثم انه لافرق فیما ذکر بین وقوع العقد مباشره اوبالوکاله والولایه مع اجراء الوکیل اوالولی العقد حال الاحرام سواء کان الوکیل محرما اومحلا" وکانت الوکاله قبل الاحرام اوحاله امالو کان الولی والوکیل محرما فللنهی عن التزویج فی الاخبار المتقدمه واما لوکانا فی الحل فلان عقد الوکیل عقد الموکل واستناد العقد الیه قال فی الخلاف (مسئله ١١١ الحجج) اذاکان الولی اووکیله اوالزوج اووکیله فی القبول اوالمراه محرمین اوواحدمنهم محرما فالنکاح باطل وبه قال فی الصحابه علی علیه الصلوه والسلام وعمر وابن عمر وزیدبن ثابت ولامخالف لهم فی الصحابه والیه ذهب فی التابعین سعیدبن المسیب وسلیمان بن یسار والزهری وفی الفقهاء مالک والشافعی والاوزاعی واحمد واسحق وقالت طائفه انه لاتاثیر للاحرام فی عقد النکاح بوجه ذهب الیه الثوری وابوحنیفه واصحابه ویروونه عن الحکم دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم فانهم لا یختلفون فی ذلک وایضا طریقه الاحتیاط تقتضیه لانه اذا عقد فی حال الاحلال کان العقد صحیحا" بلا خلاف واذا عقد فی حال الاحرام ففیه الخلاف و ایضا فاستباحه الفرج لاتجوز الابحکم شرعی بلا خلاف ولادلیل فی الشرع علی استباحته بالعقد حال الاحرام وروی ابان بن عثمان عن عمران (نسخه بدل عن عباده بن عثمان عن عثمان) ان النبی(ص) قال لا ینکح المحرم ولاینکح ولایخطب وهذا نص ،

(فلوکان المباشر للعقد محرما" وان کان من له العقد محلا یحکم

ببطلانه لصحه الاستنادوکذالوکان باجازه عقدالفضولی الواقع فی حال الاحرام اوقبله معکونهاحاله فانه بناء علیالنقل واضح للاستنادحال الاحرام وکذابناء علیالکشف الحکمی ایضاواما بناء علیالکشفالحقیقی فان الاجازه یکشف عن صحتهالعقدسابقا مع انه یمکن ان یقال بصحه الاستنادحال الاحرام فلایترک الاحتیاط فی الاخیره لان الکشف الحقیقی فی عالم الاعتبار لیس کالکشف الحقیقی فی عالمالتکوین فان للاجازه علی ای حال تاثیرا" فالموءثر هو العقدالمتعقب بالاجازه واما لووکل حال الاحرام محلا اومحرما فعقد له حال احلالهما فالعقد صحیح بناء علی عدم اعتبارامکانالموکل فیه منالموکل اوالوکیل حالالوکالهلان التوکیل لیس نکاحابل هو امراعتباری عقلائی یوجب استنادفعله الی الموکل فی ظرفالوکاله فالموکل فیه غیرعنوانالوکاله .

الاانه قال فیالقواعدالاقرب جوازتوکیل الجدالمحرم محلا فی تزویجالمولی علیه فان مقتضاه الصحه وان اوقعه الوکیل محلا والولی محرم قال فیالجواهر ولعل الوجه فیالصحه کون الوکیل والمولی علیه محلان والتوکیل لیس من التزویج بالنص والاجماع وفیه انهلواوقعهالوکیل فی حال الاحرامفلایصح لانهلایجوزلهایقاع العقدولو کانالموکل محرمافعقدالوکیل مستندالیالموکل فلیس له ان یفعل مالایجوز للموکل فعله فی حال الاحرام واما لو کان ظرف الوکاله حالالاحرام ووقع العقدبعداحلالهما فلامانع منه ثم انهلاوجه لتخصیصالمسئلهبالجداذلافرق فیه بینه وبین غیره .

ثم انه لوکان الزوج محلا وکانت الزوجه محرمه فلا اشکال فی بطلان العقد علی ما ذکره فی الخلاف وتبعه اخرون باحرام واحد منهما وقال ابن رشد فی نهایه المقتصد وبدایه المجتهد اختلفوفی نکاح المحرم فقال مالک والشافعی واللیث والاوزاعی واحمد لاینکح المحرم ولاینکح فان فعل فالنکاح باطل وهوقول عمربن الخطاب وعلی وابن عمروزیدبن ثابت وقال ابوحنیفه لاباس بذلک وسبب اختلافهم تعارض النقل فی هذا الباب ثم نقل حدیث ابن عباس ان رسول الله نکح میمونه وهومحرم وقال عارضه احادیث کثیره عن میمونه ان رسول الله تزوجها وهوحلال .

ویمکن ان یستدل علی البطلان مضافا الی ماذکره الشیخ من الاجماع بموثقه اوصحیحه سماعه بن مهران عن ابی عبداله علیه السلام قال لاینبغی للرجل الحلال ان یزوج محرما وهویعلم انه لا یحل له قلت فان فعل فدخل بها المحرم فقال ان کانا عالمین فان علی کل واحدمنهما بدنه وعلی المراه ان کانت محرمه بدنه وان لم تکن محرمه فلاشیی علیها الا ان تکون هی قدعلمت ان الذی تزوجها محرم فان کانت علمت ثم تزوجت (تزوجته ن ب) فعلیها بدنه ، بناء علی حمل لاینبغی فی المقام علی الحرمه والقاء الخصوصیه من المحرم لقاعده الاشتراک اواراده الشخص من المحرم سواء کان رجلا اوامراه وارجاع الضمیر فی قوله انه لا یحل له الی المحرم من غیر فرق بینه وبین المحرمه وبناء علی ان الکفاره انما هوعلی المحل الرجل بالقاء الخصوصیه بینه وبین المراه التی حکم فیها بالکفاره

فی صوره العلم وان العلم لادخل له بل المناط هو ایجاد العقد على المحرم او المحرمه سواء کان العاقد هو المحل او وکیله المستند الیه فعله او الفضولی الذی اجازه بعد العقد حتی بناء على النقل ایضا بعد خروجها من الاحرام الا ان الالتزام بواحد منها فضلا عن الکل فی غایه الاشکال ، واشکل منه الالتزام بالحرمه الابدیه للشک فی تناول قاعده الاشتراک وکون الحکم للشخص المحرم غیر معلوم بل یمکن ان یکون الحکم من احکام احرام الرجل دون المراه وقول ابن رشد بالنسبه الى البطلان انما هو فی الرجل المحرم دون المحل فاستفاده حکم الرجل المحل الموقع للعقد على المراه المحرمه وبطلانه بل والحرمه الابدیه کما استفاده شیخ الطائفه من الروایات فی غایه الصعوبه .

وعن صاحب الریاض ولو انعکس فرض المسئله فتزوج المحل المحرمه فالاصل الاباحه ولامعارض لها من الادله وهو المشهور بین الطائفه وربما یحکی القول بالحرمه عن ف مدعیا فیه الوفاق مستدلا به وبالاحتیاط والاخبار ولم نقف علیها ودعوى الوفاق غیر واضحه والاحتیاط لیس بحجه انتهى.

وعن العلامه فی المنتهی ولایجوز للمحرم ان یتزوج ولایزوج ولا یکون ولیا " فی النکاح ولا وکیلا فیه سواء کان رجلا" او امراه ذهب الیه علمائنا اجمع الى اخر ما ذکره الشیخ فی الخلاف انتهى ولایخفى ان الاجماع المصطلح فی الباب غیر ممکن فان اجماعه ایضا متخذ من اجماع الخلاف ومستند الشیخ فیه انما هو الاخبار وادعاء الاجماع فی

قبال العامه لانه شیی مستقل بحیاله فی قبال الاخبار اذ هو قدس سره قال فی مسئله ٨ من حج الخلاف ما لفظه اذا کان لولده مال روی اصحابنا انه یجب علیه الحج ویاخذ منه قدر کفایته ویحج به ولیس للابن الامتناع منه وخالف جمیع الفقهاء فی ذلک دلیلنا الاخبار المرویه فی هذا المعنی من جهت الخاصه قد ذکرناها فی الکتاب الکبیر ولیس فیها ، ما یخالفها فدل علی اجماعهم علی ذلک انتهی قوله (فدل) یوهن التمسک بالاجماعات التی ادعاه من الخاصه فی هذا الکتاب فان الظاهر منه ان المستند فیه انما هو نقل الاخبار وعدم وجود خبر یخالف الاخبار الوارده فیکشف منه الاجماع ومن المعلوم ان وجود الخبر وعدم وجود الخبر المخالف له لایدل علی الاجماع المصطلح فانه اجماع فی قبال العامه فقط فالمستند فی هذه المسئله انما هو الاخبار فلو قلنا بدلاله خبر سماعه علی عدم جواز العقد علی المحرم او المحرمه والا فلا یمکن استفاده حکم عقد المحل خارج الاحرام للمرائه لانه یمکن ان یکون المراد انه لایجوز للرجل الحلال ان یزوج محرما باعتبار ان عدم الجواز انما هو فی احرام الرجل دون المراه الی غیر ذلک مما تقدم .

ومما ذکرناه یعلم انه لو زوجه فضولی فی حال احرامه لم یجز له اجازته فی حال احرامه لاستناد العقد الیه فی حال الاحرام واما اجازته بعد العقد فیمکن ان یقال بالمنع ولو علی النقل ایضا لصحه الاستناد وان کان للخدشته فیه مجال ، هذا کله اذا کان الفضولی محلا والا فعقده باطل ، ثم انه اذا تزوج حال الاحرام عالما بالحکم -

والموضوع ثم انکشف فساد احرامه صح العقدولم یوجب الحرمه وکذا لوانکشف فساد الحج والاحرام معا " واما اذا فسدحجه دون احرامه لعدم فساده - بفساد الحج علی الظاهر المستفاد من الادله فیحکم ببطلان العقدوالحرمه الابدیه اذا کان واقعا حال الاحرام واما بناء علی القول بفساد الاحرام بفساد الحج فالظاهر فیه وجهان من الصحه باعتبار الفساد ومن معاملته معامله الصحیح فی جمیع الاحکام و لتحقیق الحق مقام آخر.

ثم انه یجوز للمحرم الرجوع فی الطلاق فی العده الرجعیه وکذا تملک الاماء لقوله تعالی وبعولتهن احق بردهن من غیر فرق بین المطلقه متبرعا " اوالتی رجعت فی بذلها فان الرجوع لیس عقدا " فی الاحرام فیبقی علی اصاله الاباحته قال فی الخلاف مسئله ١١٧ الحج للمحرم ان یراجع زوجته سواء طلقها حلالا ثم احرم اوطلقها وهو محرم وبه قال الشافعی وقال احمدلایجوزذلک دلیلنا قوله تعالی وبعولتهن احق بردهن فی ذلک ولم یفصل وقال فامساک بمعروف او تسریح باحسان والامساک هوالمراجعه ولم یفصل فوجب حمله علی عمومه

وفی التحریر یجوزله مراجعه امراته وهومحرم وشراء الاماء لکن لایقربهن سواء قصدبه التبری اولم بقصدوفی الشرایع ویجوز مراجعه المطلقه الرجعیه وشراء الاماء .

وفی حج المنتهی ولاباس ان یراجع امراته وهومحرم قاله علمائنا وبه قال الشافعی ومالک واحمدفی احدی الروایتین وقال فی الاخری بعدم الجواز انتهی وفی خصوص شراء الجواری صحیحه سعد بن

سعدالاشعری القمی عن ابی الحسن الرضا (ع) قال سالته عن المحرم یشتری الجواری ویبیعها قال نعم .

(فی صوره الشک فی انه وقع العقدحال الاحرام ام لا)

ثم انه لوشک فی ان تزویجه هل کان فی حال الاحرام اوقبله بنی علی عدم کونه فیه لان استصحاب عدم العقد الی زمان الاحرام لایوجب وقوع العقد فی حال الاحرام الاعلی القول بالاصل لمثبت فاصاله الصحه والحل بل وقاعده الفراغ بعدالعقد محکمه .

ولوشک فی ان العقد هل کان فی حال الاحرام اوبعده فتارة یعلم تاریخ الاحرام من ابتدائه الی انتهائه ولایعلم تاریخ العقد واخری بالعکس فعلی الاول یحکم باصاله تاخرالحادث وهو العقد عن الاحرام فیحکم بالصحه کماتقدم وعلی الثانی یستصحب الاحرام الی زمان وقوع العقد کما اذاشک فی ان الاحرام هل وقع یوم الجمعه اویوم السبت اودام الاحرام الی یوم الجمعه اویوم السبت فانه یستصحب بقاء الاحرام الی یوم السبت والفرض وقوع العقد یوم السبت فیحکم بوقوع التزویج فی الاحرام قضاء لحق الاستصحاب فهو منقح لموضوع الادله الاجتهادیه الاانهم یحکمون اصاله الصحه فی المقام علی جریان الاستصحاب فالتفصیل فی محله لکن یردعلیه ان الاستصحاب فی المقام من المثبت اذاستصحاب الاحرام الی یوم السبت یوجب حکم العقل بان العقد واقع حال الاحرام وهومن حکم العقل بخلاف استصحاب الکریه فان طهارت الملاقی من احکام نفس الکربخلاف وقوع العقد فی السبت فانه لیس

من احکام وقوعه فی الاحرام بل الحاکم به هو العقل کما هو ظاهر کما ان قاعده الفراغ بناء علی عمومیتها تجری فی المقام ایضا فاستشکال صاحب العروه قده انه بناء علی عدم جریان اصاله الصحه اوقاعده الفراغ فی الشق الاخیر واما الصوره الاولی فهی تجری فیها بلا ارتیاب الا اذا کان عالما بالغفله حین العقد فانه لایجری فیه قاعده الفراغ لانصرافه عن صوره العلم بالغفله والتفصیل موکول الی محله.

اذا اختلف الزوجان فی العقد فادعی احدهما وقوعه فی الاحرام وانکر الاخر فالقول قول من یدعی الاحلال کما فی الشرایع وفی الخلاف (مسئله ۱۱۳ الحج) ان اختلفا فقالت وقع العقد بعد احرامک وقال هو قبله فالقول قول الزوج بلاخلاف بیننا وبین الشافعی وان کان بالضد من ذلک فادعت انه کان حلالا وقال کنت حراما حکم علیه بتحریم الوطی ولزمه نصف المهر وهذا ایضا ینبغی ان یکون مذهبنا ویسقط الخلاف فیها والحکم فی الامه والحره سواء اذا اختلفا او اختلف السید والزوج انتهی.

وفی حج التحریر اذا اتفق الزوجان علی وقوع العقد فی حال الاحرام بطل العقد ولامهر قبل الدخول ویثبت بعده مع جهل المراه بالتحریم ولو ادعی احدهما وقوعه حال الاحرام وانکر الاخر حکم لذی البینه ولو فقدت وکان المنکر الرجل فالقول قوله مع یمینه وصح العقد ولو کان المراه فالقول قولها مع الیمین ویحکم بفساد العقد فی حق الزوج ویثبت علیه احکام النکاح الصحیح فان کان دخل بها

وجب المهر کلا وان لم یکن دخل قال الشیخ یجب علیه نصف المهر ولو اشکل الامر فلم یعلم العقد هل وقع فی الاحلال او الاحرام صح العقد قال الشیخ والاحوط تجدیده انتهی .

والظاهر ان مراد العلامه بقوله لو اشکل الخ انما هو فی غیر صوره الدعوی کما ان صریح الشیخ ذلک حیث ذکر صوره عدم العلم بکیفیه العقد فی مسئله ۱۱۲ من الحج فراجع .

وفی حج المنتهی ولو اختلفا فادعی احدهما بینه حکم بها وان لم یکن بینه وادعت الزوجه وقوعه حاله الاحرام وانکر الرجل فالقول قوله عملا بالاصل المقتضی لصحه العقد وحکما بالظاهر من صحه النکاح فاذا حلف ثبت النکاح ولو ادعی الرجل وقوعه فی الاحرام وانکرت المراه ـ فالقول قولها مع یمینها لما مضی الا انا نحکم بانفساخ العقد فی حق الزوج لانه ادعی فساده ویثبت علیه احکام النکاح الصحیح انتهی .

وفی الجواهر بعد عنوان المسئله کما فی الشرایع قال المحمول فعل المسلم علیها فی صوره النزاع وغیرها من احوال الشک فی العقد المفروض اتفاقهما علی وقوعه کما فی غیر المقام من صور مدعی الصحه والفساد التی من الواضح کون مدعیها موافقا لاصلها علی ان مدعی الفساد یدعی وصفا زایدا یقتضی الفساد وهو وقوع العقد حال الاحرام فالقول قول المنکر بیمینه لانه منکر للمفسد کما صرح بذلک الکرکی فی حاشیته وثانی الشهیدین فی لک انتهی .

وعن المدارک فی شرح قول المحقق ان الحمل علی الصحه انما

یتم اذاکان المدعی لوقوع الفعل فی حال الاحرام عالما "بفساد ذلک واما علی اعترافه بالجهل فلا وجه للحمل علی الصحه اقول وتوضیح ذلک ان المراد من الصحه هل الصحه باعتقاد الفاعل او الصحه الواقعیه کما اذا شک المأموم فی ان الامام المعتقد بعدم وجوب السوره قراها ام لا لجاز له الایتمام به وان لم یکن له ذلک اذا علم بترکها .

واسند مختار المدارک الی المحقق القمی ایضا کما یظهر ذلک من بعض معاصری الشیخ الاعظم حیث تمسک فی اصوله وفروعه بالغلبه بل قال انه یمکن اسناد هذا القول الی کل من استند فی هذا الاصل الی ظاهر حال المسلم کالعلامه وجماعه ممن تاخر عنه انتهی .

فالعمده فی المسئله هو الاجماع وقد تقدم عن الشیخ فی الخلاف ان القول قول الزوج اذا ادعی ان العقد وقع قبل الاحرام بلا خلاف بیننا وبین الشافعی الا انه فی صوره الضد قال وهذا ینبغی ان یکون مذهبنا فلم یظهر منه الحکم لمدعی الصحه وهی المراه کما لا یخفی .

واما اختلال النظام فی صوره عدم الحمل علی الصحه او کون النکته فیه لزوم العسر والحرج من عدم الاخذ بها فانه لا یلزم اذا اخذ بها فی صوره التوافق دون الاختلاف .

وعن النراقی فی العوائد ایضا قال وقیل علی القول بتنزیل افعال المسلمین علی الصحه ینزل علی الصحه عند الفاعل لا مطلقا " ولا عند المنزل والتوضیح ان الصحه والفساد فی کل شیی قد یختلف باختلاف الفاعل من جهت اختلاف حالات المکلف ومن جهه اختلاف

اراء المجتهدین الی ان قال والقدر الثابت هو تنزیل افعال کل مسلم علی ما هو الصحیح فی حقه لا الصحیح مطلقا انتهی .

وفیما اجاب به صاحب الجواهر عن المدارک ان اصل الصحه فی العقد ونحوه لایعتبر فیه العلم لاطلاق دلیله نعم اصل عدم وقوع المعصیه من المسلم یعتبر فیه العلم وهو غیر اصاله الصحه التی هی مبنی ترتب الاثر الی غیر ذلک من اقوالهم الوارده فی الابواب المتفرقه التی لایمکن القول بالاجماع علی حمل فعل المسلم او الغیر علی الصحه مطلقا بل تعبیراتهم فی وجه الحمل علی الصحه مختلفه فتاره یعبر عنه بالاتفاق کما عن الشیخ فی الخلاف واخری یعبر عنه بترجیح الحمل علی الصحه علی الفساد وثالثه یعبر عنه بان الزوج اعرف بحال نفسه کما فی حج المبسوط حیث قال فان اختلف الزوجان فقال الزوج عقدت حلالا وقالت المراه کنت محرما فالقول قول الرجل لانه اعرف بحال نفسه وهی مدعیه فی کونه محرما فعلیها البینه ولایلزمه البینه لانها اقرت له بالعقد وادعت علیها ما یفسده فاحتاجت الی بینه .

فان ادعت المراه انها کانت محرمه وانکر الرجل کان الحکم مثل ذلک لانها اقرت بالعقد وادعت ما یفسده فاحتاجت الی بینه فان ادعی الرجل انه کان محرما وادعت هی انه کان محلا فعلی الرجل البینه لانه اقر بالعقد وادعی ما یفسده لیسقط عن نفسه فرض الزوجیه من المهر وغیره فعلیه البینه غیر انه یحکم علیه بتحریم وطیها لانه اقر بان ذلک محرم علیه واما المهر فانه یلزم

نصفه ان کان قبل الدخول وان کان بعده لزم کله، انتهی .

وانت تری اختلاف التعبیرات فی کلماتهم ویردعلی ما فی المبسوط وغیره ممن حذاحذوه انهم فرقوا بین حکم الرجل والمراه حیث حکموا بالزوجته وترتیب جمیع آثاره فی صوره ادعاء الزوج الاحلال لکنهم قالوا بالتبعیض فی صوره ادعائه الاحرام والقواعد وانکانت تقتضی ذلک الا انه یمکن ان یقال ان حکم الحاکم کما انه مملک فی الدعاوی المالیه ویترتب علیه عدم جواز سرقه من له الحق واقعا" کذلک الزوجیه فان حکم الحاکم بالزوجیه هو ترتیب جمیع آثاره من دون تفکیک الا انه یحتاج الی جرئه قویه فی امثال المقام

وعن کاشف اللثام بعد الحکم بترجیح جانب مدعی الصحه فی مفروض المسئله وانکان المدعی یدعی احرام نفسه قال وکذا ان وجه الدعوی الی تاریخ الاحرام مع الاتفاق علی تاخیر العقد فادعی احدهما تقدیم الاحرام علیه لذلک اولاصل التاخر ولو ادعی احرام نفسه الا انهما یتفقان علی زمان ومکان یمکن فیهما الاحرام فیمکن ان یقال القول قوله لانه ابصر بافعال نفسه واحواله واما ان اتفقا علی تاریخ الاحرام ووجه الدعوی الی تاریخ العقد فادعی تاخره امکن ان یکون القول قوله للاصل بل لتعارض اصلی الصحه والتاخر الموجب للفساد وتساقطهما فیبقی اصل عدم الزوجته بلامعارض .

وفیه ان البصیره بافعال نفسه لایوجب الاخذ بقوله و الحکم ببطلان العقد وتفویت حق الزوجه المنکره للفساد المستلزم حقا مالیا وغیره علی الزوج مع امکان الاطلاع علی احواله باقرار وغیره مما یعلم

كذبه وكذاالكلام فی صورةادعاء الزوج تاخرالعقد حتی يقع باطلا كمافی صورةالاتفاق علی تاريخالاحرام وانه فیالسبت ووجهالدعوی الی تاريخالعقد فانه هل هوواقع يومالجمعةاوالسبت فادعی تاخره حتی يكون العقد باطلا" فانه يردعليه كماان الاصل هوتاخرالعقد الی حال الاحرام كذلک الاصل تاخرالاحرام وعدم تحققهفیزمانالعقد فالتعارض انما هوبين اصلی التاخر فيتعارضان فيكون اصالةالصحة سليما عن المعارض فلا يصل النوبةالی اصالةعدم تحقق الزوجيةاذا الفرض تحقق العقد الاان الكلام فی ثبوت المانع والاصل عدم كونه فی حال الاحرام قضاء لاصالة الصحة علی فرض تماميتهالتمسک بها حتی فی صورةالجهل ايضا كمافی صورةالعلم .

السادس ـ لاتحل ذات البعل لغيرهالابعدمفارقته وانقضاء العدة اذاكانت ذات عدة .

وقدتقدم حكمه مماذكرناه سابقا فی تزويج ذاتالبعل وذات العدة فلانعيد.

ولعل منه العقد علیالمراة المتمتع بهاحين كونهافی حبالة الغيرولوفی وقتانقضاء اجل الاول وعدته بل لعل منه تحليل الامة حال كونها محللة للغيرولوبعدانتهاء مدة الاول وعدمه .

*****

(في استيفاء العدد)

السبب الرابع استيفاء العدد وهو قسمان الاول اذا استكمل الحر اربعا بالعقد الدائم حرم عليه ما زاد غبطه.

والمراد من الغبطه الدوام من قولهم اغبطت عليه الحمى اي دامت واغبطت السماء اذا دام مطرها واغبط السماء دام مطره يقال اغبط علينا المطر او من قولهم اغبط النبات اي تداني وغطى الارض وكثف وتداني كانه من حبه واحده واغبط فلان الرحل على ظهر الدابه اداامه عليها ولم يحطه عنها والحمى على فلان دامت فهي (مغبطه) و فلان الركوب لزمه - لازم ومتعد وسماء غبطى كجمزى اي دائمة المطر.

قال في الخلاف مسئله ٦٢ النكاح لايجوز لاحد ان يتزوج باكثر من اربع وبه قالت الامه باجمعها وحكوا عن القاسم بن ابراهيم انه اجاز العقد على تسع واليه ذهبت القاسميته من الزيديه هذه حكايه الفقهاء عنهم ولم اجد احدا". من الزيديه يعترف بذلك بل انكروها اصلا فاذا المسئله اجماع وعليها اجماع الفرقه الى ان قال فقد روى ان غيلان اسلم وعنده عشره نسوه فقال عليه السلام امسك اربعا" وفارق سائرهن واسلم نوفل بن معويه وتحته خمس فامره النبي عليه السلام ان يفارق واحده منهن.

وعن ابن رشد اتفق المسلمون على جواز نكاح اربعه من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع اما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعا وبه قال اهل الظاهر وقال ابوحنيفه والشافعي لايجوز له الجمع

الابین اثنتین فقط الی ان قال واما فوق الاربع فان الجمهور علی انه لاتجوز الخامسته لقوله تعالی(فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی وثلاث ورباع) ولما روی عنه علیه الصلوه والسلام انه قال لغیلان لما اسلم الخ وقالت فرقه یجوزتسع ویشبه ان یکون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع فی الایه المذکوره اعنی جمع الاعداد فی قوله تعالی مثنی وثلاث ورباع انتهی .

نقول بعد اجماع الامه وعدم کون المسئله اجتهادیه بل هو من واضحات الفقه او الواضحات بین المسلمین کافه نذکر بعض النصوص تیمنا" .

ففی صحیح زراره ومحمدبن مسلم عن ابی عبدالله (ع) قال اذا جمع الرجل اربعا "وطلق احدیهن فلایتزوج الخامسته حتی تنقضی عده المراه التی طلق وقال لایجمع مائه فی خمس .

وفی عیون الاخبار باسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا فی کتابه الی المامون قال لایجوزان یجمع بین اکثر من اربع حرائر و فی الخصال مثله وعن الحسن بن علی بن شعبه فی تحف العقول مثله .

وعن العیاشی فی تفسیره عن منصوربن حازم عن ابیعبدالله قال لایحل لماء الرجل ان یجری فی اکثر من اربعه ارحام حرائر .

ویدل علیه ایضا مارواه ابن بابویه عن القاسم بن الربیع الصحاف وعن محمدبن سنان ان الرضا کتب الیه فیما کتب فی جواب مسائله عله تزویج الرجل اربع نسوه وتحریم ان تتزوج المراه اکثر من واحد الخ راجع تفسیر البرهان فی تفسیر الایه . ویدل علیه ایضا

من الاخبار مادلت علی عدم جوازتزویج الخامسه حتی یخرج عـده المطلقه فان تزوج فی عدتها فالنکاح باطل والاخبار بذلک مستفیضه ومتواتره.

اما الایه الکریمه فانها بصدد بیان امراخر من خوف عدم القسط فی الیتامی کما فی قوله تعالی وتقدس - فان خفتم الاتقسطـوا فی الیتامی فانکحوا ماطاب لکم من النساء - قیل یعنی ان خفتم ان لاتعدلوا فی یتامی النساء اذا تزوجتم بهن فزوجوا ماطاب لکم من غیرهن اذکان الرجل یجدیتیمه ذات مال وجمال فیتزوجها ظنابهـا فربما یجتمع عنده منهن عدد ولایقدر علی القیام بحقوقهن وذکر فی تفسیر القمی ومجمع البیان وغیرهما فی سبب نزوله وکیفیته نظام محصوله واتصال فصوله وجوها اخر لایخلو شیی منها عن مناقشه.

وعن ابن عباس فی تفسیره (تنویر المقباس) مالفظه نزلت فی رجل من غطفان کان عنده مال کثیر لابن اخ له یتیم فلما نزلت هذه الایه قالوا انعزل الیتامی مخافه الاثم فانزل الله (وان خفتم الاتقسطوا فی الیتامی) ای الاتعدلوا بین الیتامی فی حفظ الاموال فکذلک خافوا ان لایعدلوا بین النساء فی النفقه والقسمه وکانوا یتزوجون من النساء ماشاء وا تسعا " اوعشرا " وکان تحت قیس بن الحرث ثمان نسوه فنهاهم الله عن ذلک وحرم علیهم ما فوق الاربعه فقال فانکحوا ماطاب لکم فتزوجوا مااحل الله لکم مثنی وثلاث ورباع انتهی.

وفی الدر المنثور فی تفسیر الایه اخرج عبدبن حمید والبخاری

ومسلم والنسائی وابن جریر وابن المندروابن ابی حاتموالبیهقی فی سننه عن عروه بن الزبیر انه سال عن عائشه عن قول الله تعالی وان خفتم الاتقسطوا فی الیتامی) قالت یاابن اخی هذه الیتیمه تکون فی حجرولیها تشرکه فی مالها ویعجبه مالها وجمالها فیریدولیها ان یتزوجها بغیران یقسط فی صداقها فیعطیها مثل مایعطیها غیره فنهوا عن ان ینکحوهن الا ان یقسطوالهن ویبلغوا بهن اعلی سنتهن فیالصداق وامروا ان ینکحوهن وطاب لهم من النساء سواهن وان الناس استفتوا رسول الله صلی الله علیهوسلم بعدهذهالایه فانزل الله ویستفتونک فی النساء انتهی - والایه قوله تعالی فی سورهالنساء آیه ۱۲۷ ویستفتونک فی النساء قل الله یفتیکم فیهن ومایتلی علیکم فی الکتاب فی یتامی النساءاللاتی لاتوتونهن ماکتب لهن وترغبون ان تنکحوهن والمستضعفین من الولدان وان تقوموالليتامی بالقسط وماتفعلوا من خیر فان الله کان به علیما.

والغرض من نقل الایه الثانیه باعتبارکونها یوضحالمراد من الایه الاولی ویرفعاجمالها علیفرض وجوده فالمرادمنه واللهاعلم ان خفتم فی حیفاموالهن بعدنکاحهن فلاتزوجوهن بلتزوجوا ماطاب لکم من النساء وان تقسطوا فیالیتامی ایضا "فلاضیرفیهن ایضا "فالقسط والعدل فیالایتین راجعه الی اموالهن ومهورهن وصداقهن فلا بد ان یکون کلاالمقامین بالقسط والعدل ، وفی تفسیرعلی بن ابراهیم قال نزلتالایه مع قوله تعالی یستفتونک فیالنساءالخ فنصفالایه

فی اول السوره ونصفها علی راس الماه وعشرین ایه راجع الیه و الی تفسیرالبرهان ، ویحتمل بعیدا " بعدکون المرادمن الیتامی یتامی النساء ، باعتبارالایه الثانیه - ان یکون المرادمن الایه فان خفتم ان لاتقسطوا فی یتامی النساء فانکحوا ماطاب لکم من النساء ای امهاتهن لیکون النساء حافظه لاموالهن فی بیتکم و مواظبه لحراستهن ویوئده ایضا مانقلنا عن تفسیرالبرهان من اتحاد الایتین انفا " والله اعلم بالصواب .

وعن الجواهر یمکن ان یکون المرادمنها ان خفتم ان لاتقسطوا فی الیتامی بالانفاق من اموالهم التی فی ایدیکم التی جوز الله لولیهم الانفاق منها بالمعروف فاقتصروا علی نکاح ماطاب لکم وحل وساغ من العدد اعنی مثنی وثلاث ورباع انتهی .

ویردعلیه مضافا الی عدم وضوح المرادمن الانفاق هل هو الانفاق علی انفسهم بالمعروف من باب الاجره والانفاق علیهن من اموالهن باعتبارالحیف، والاکل منه ان المرادمن الخوف فی الایه انما هو الخوف من عدم القسط فی صداقهن ومهورهن واکل اموالهن لا الانفاق فقط ، راجع تفسیرالایه مجمع البیان والدرالمنثور والصافی وغیرها .

والعمده فی المقام استفاده حرمه ازید عن الاربعه منها وغایه ما یمکن ان یقال فی تقریب الدلاله ان مقتضی اباحه الاعداد المخصوصه تحریم ما زادعلیها اذلوکان مباحا لماخص الجوازبها فیستفاد منها ان الجوازوالاباحه منحصره فیها دون غیرها ولان مفهوم اباحه الاربع حصرما دون الاربع اوما زادعلیها والاول باطل بتجویزالثلاث فتعین

الاول وهوحرمه مافوق الاربع ، وبالجمله فالعنایه بذکرالمثنی والثلاث والاربع یفیدکون المباح ماذکردون غیره .

لکن یردعلیه ان الایه بصددبیان امراخروهوالخوف من القسط فی اموال الیتامی والنکاح فی النساء غیرهن وذکرالمثنی والثلاث انماهوباعتباران المیل الشهوانی یزول فی النساء ایضافلااختصاص فیه بنکاح الیتامی حتی ینجر الی اکل مالهن والحیف فیه فلا یستفادمنها المفهوم اصلا" حتی یکون قابلا للاستناد .

ثم ان مثنی وثلاث ورباع بدل مماطاب اوحال عن فاعل طاب والاعراب النصب علی کلا القولین باعتبارکون (ما)للجنس علی قول المبرد لاالمصدریه علی قول الفراء وتقدیره اثنتین اثنتین وثلاثا ثلاثا واربعا اربعا وانه غیرمنصرف لعلتین العدل والصفه وعن الزجاج انه غیرمنصرف لعلتین العدول عن اثنتین اثنتین والعدول عن التانیث وقیل عدم الانصراف لتکریرالعدل عدلها عن صیغها وعدلها عن تکررها فاحدالعدلین لفظی والاخر معنوی فمقتضی الایه الاذن فی نکاح من شاء من العدد ومقتضی العطف بالواوجمع المتعاطفه فی الجواز لاجواز الجمیع بینهما فلایلزم نکاح التسع کمافی الجواهر ، من غیر فرق فیماذکر بین کون الواو بمعنی (او) اوبمعناه الحقیقی اذالفرض من ذلک تزویج ای عددشاء الی اربع کیف ماکان واما امر رسول الله صلی الله علیه واله وسلم قیس بن الحارث عند نزول الایه وکان تحته ثمانیه ان یطلق اربعا " ویمسکاربعا " قال فجعلت اقول للمراه التی لم تلدیافلانه ادبری والتی قدولدت یافلانه

اقبلی - فما یمکن الاستناد الیها فی المقام من غیر ان یکون الایه مستفادا" منها ذلک فالتعجب من دعوی بعض الناس من صاحب الریاض وغیره عدم دلالة الایه لیس علی ما ینبغی .

ولایحل له من الاماء بالعقد اکثرمن اثنتین من جمله الاربع سوء کان معها حرتین ام لا باجماعنا حکاه جماعه من اصحابنا بل عن الجواهر بلا خلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه ، ففی مسئله ٨٨ نکاح الخلاف یجوزللحر ان یتزوج با متین ولایزیدعلیهما وقال الشافعی لایجوزله ان ینکح اکثرمن واحده فان نکح ثانیه و تحته امه، فنکاح الثانیه باطل وان نکح امتین بعقد واحدبطل نکاحهما وقال ابوحنیفه اذالم یکن تحته حره جازله ان ینکح من الاماء مانکح من الحرائر وله ان یتزوج اربع اماء بعقدواحدا و واحدبعد اخری کیف شاء - دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم .

وعن ابن رشد فی البدایه اتفقوا علی انه یجوزللعبدان ینکح الامه وللحره ان تنکح العبدا ذا رضیت بذلک هی واولیاء ئها واختلفوا فی نکاح الحر الامه فقال قوم یجوزباطلاقه وهوالمشهورمن مذهب ابن القاسم وقال قوم لایجوزالابشرطین عدم الطول وخوف العنت وهوالمشهور من مذهب مالک وهومذهب ابی حنیفه والشافعی والسبب فی اختلافهم معارضه دلیل الخطاب فی قوله تعالی(ومن لم یستطع منکم طولا ان ینکح) الایه لعموم قوله (وانکحوا الایامی منکم والصالحین) انتهی وعن العلامه فی التحریر شرط بعض علمائنا فی نکاح الامه دائما امرین عدم الطول وهوعدم الثروه وهوالعجز عن المهروالنفقه وخوف العنت

وهوالمشقه من الترک فمن وجدالطول او امن العنت لم یجزله نکاح الامه ومن جمع الشرطین جازله العقد علی امه واحده لاغیروالا قرب انهما شرطان فی الندبیه لا الجواز فیکره لفاقدهما العقد علی الامه وان کان سایغا") وقدتقدم منافی المباحث السابقه عدم دلاله الایه علی لزوم الشرطین بل لابدمن الحمل علی الکراهه، واما الاکثر من اثنتین فلایجوز ویدل علیه ایضا من الاخبار.

صحیحه ابی بصیرالمرادی عن ابی جعفرعلیه السلام قال سالته عن رجل له امراه نصرانیه له ان یتزوج علیها یهودیه فقال ان اهل الکتاب ممالیک للامام وذلک موسع منا علیکم خاصته فلاباس ان یتزوج قلت فانه تزوج علیهما امته قال لایصلح ان یتزوج ثلاث اماء الحدیث، وفی خبرعباد بن صهیب عن الصادق ولایحل له من الاماء الا واحده وفی دلاله الاولی نظرلولا الاجماع.

فعلی الجواز تحسبان من الاربع فلایجوز له معهما الا الحرتان خاصه اوثلاث حرائر مع واحده من الاماء والمستفاد من کلماتهم الاجماع علیه بل الاطلاق المانع من الکتاب والسنته عن الزاید علی الاربع وتقییدها فی بعضها بالحرائر مع وروده موردالغالب انما هوبالاضافه الی ملک الیمین لامطلقا کماصرحوا بذلک فی کلماتهم.

***

واذا استکمل العبدا ربعا" من الاماء اوحرتین اوحره وامتین

حرم علیه مازاد.

فعن المسالک هذا عندنا موضع وفاق وخالف فیه العامه اجمع فذهب بعضهم الی انه لایتجاوز اثنتین علی النصف من الحروذهب الاقل

منهم الی ان له اربعا مطلقا وجه الاصحاب روایاتهم الصحیحه عن ائمتهم بذلک وهی کثیره انتهی .

وفی مسئله ٨٩ من نکاح الخلاف للعبدان ینکح اربع اماء او حرتین اوحره اوامتین ولایجوز ان ینکح امه علی حره الابرضاء الحره وقال الشافعی له نکاح امه وامتین ونکاح امه علی حره وحره علی امه وقال ابوحنیفته یجوزله ذلک الااذاکان تحته حره فانه لایجوز له نکاح امه کالحره دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم وایضا قوله تعالی (انکحوا الایامی الخ).

وفی مسئله ٦٣ الخلاف لایجوز للعبدان یتزوج باکثرمن حرتین اواربع اماء وقال الشافعی لایزیدعلی اثنتین حرتین کانتا او امتین وبه قال عمرفی الصحابه وعبدالرحمن بن عوف وحکوا ذلک عن علی علیه الصلوه والسلام وفی التابعین عطا والحسن البصری وفی الفقهاء اللیث بن سعدواهل مصروبه قال اهل الکوفه ابن ابی لیلی وابن شبرمه والثوری وابوحنیفه واصحابه واحمد واسحق و ذهب قوم الی انه کالحر له نکاح اربع ذهب الیه الزهری وربیعه و مالک وبه قال ابوداودوابوثور دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم ولان العقدعلی اثنتین مجمع علی جوازه ومازادعلیها یحتاج الی دلیل ودلیلنا علی جواز اربع اماء اجماع الفرقه وایضا قوله تعالی (ضرب لکم مثلا من انفسکم هل لکم مما ملکت ایمانکم من شرکاء فیما رزقناکم فانتم فیه سواء) فنفی المساوات بین السید وعبده وذلک علی عمومه وعلیه اجماع الصحابه انه لایجوزان یعقدعلی اکثر

من حرتین ، انتهی .

وعن ابن رشد فی باب مانع العدد من النکاح اما العبید فقال مالک فی المشهور عنه یجوز له ان ینکح اربعا " وبه قال اهل الظاهر وقال ابوحنیفه والشافعی لایجوز له الجمع الابین اثنتین فقط وسبب اختلافهم هل العبودیه لها تاثیر فی اسقاط هذا العدد کما لها تاثیر فی اسقاط نصف الحد الواجب علی الحر فی الزنا وکذلک فی الطلاق عند من رای ذلک وذلک ان المسلمین اتفقوا علی تنصیف حده فی الزنا اعنی ان حده نصف حد الحر واختلفوا فی غیر ذلک واما فوق الاربع فان الجمهور علی انه لاتجوز الخامسه لقوله تعالی (فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی وثلاث ورباع انتهی) .

وفی التحریر لایجوز للعبد ان یعقد علی اکثر من حرتین غبطه ویجوز ان یعقد علی اربع اماء کذلک وعلی حره وامتین ولایجوز له العقد علی حره وثلث اماء ولاعلی حرتین وامه ولاحصر فی المنقطع والتحلیل فی الحرائر والاماء کالحر ولو انعتق بعض الامه فهی کالحره بالنسبه الیه تغلیبا " للحرمه وان الحقناها بالامه فی الحر للعله واما من انعتق بعضه فالاقرب انه بحکم الحر فی العدد وحکم العبد بحساب ما فیه من الجهتین ولایباح له اکثر من حرتین او امتین او حره وامتین انتهی .

ویدل علی ما ذکرناه من الروایات صحیحه محمد بن مسلم عن احدهما قال سالته عن العبد یتزوج اربع حرائر قال سالته عن العبد یتزوج اربع حرائر قال لاولکن یتزوج حرتین وان شاء اربع اماء .

وخبر الحسن بن زياد عن ابى عبدالله قال سالته عن المملوك مايحل له من النساء فقال حرتان اواربع اماء .

وعن القاسم بن عروه عن ابى بكير عن زراره عن احدهما قال سالته عن المملوك كم يحل له ان يتزوج قال حرتين اواربع اماء وقال لاباس اذاكان في يده مال وكان ماذونا له في التجاره ان يشتري ماشاء من الجوارى ويطاهن .

وعن الصدوق قال سئل عن المملوك مايحل له من النساء قال حرتين اواربع اماء .

وفي روايه اخرى يتزوج العبد بحرتين اواربع اماء اوامتين وحره .

فبعد الاطلاع على فتاوى العامه تقدر على حمل الروايات المانعه على التقيه اومحامل اخرى كما لا يبعد .

كما في خبر محمدبن الفضل عن ابى الصباح الكناني قال سالت اباعبدالله عن المملوك كم يحل له من النساء قال امراتان ، اويحمل على الحرتين كما لايبعد .

وكذا روايته الاخرى قال سالت اباالحسن(ع) عن المملوك كم يحل له من النساء قال لايحل له الا اثنتان وخبر زراره عن ابى جعفر قال لايجمع المملوك من النساء اكثر من امراتين وعن سماعه قال سالته عن المملوك كم يحل له من النساء قال امراتان .

وعن محمدبن مسلم عن ابى جعفر قال ينكح العبد امراتين حرتين ولايزيدفانه ايضا شاهد على حمل المطلق على المقيد وهو الحرتين .

ویستفاد جواز تزویج حره وامتین ایضا مما رواه الصدوق مضافا الی الاجماع المدعی فی المقام وعدم صدق الزیاده علی الاربع بل فی الجواهر امکان دعوی نصوص العبد خاصه فی تنزیل الحره بالنسبه الیه منزله الامتین فالعدد الممتنع منه الزیاده علی اربع اماء حقیقه او حکما والامتان والحره بمنزله الاربع حکما فلا زیاده فیه فلا منع .

والمعتق بعضه کالحر فی حق الاماء فلا یتجاوز امتین و کالعبد فی حق الحرائر فلا یتجاوز حرتین کما ان المعتق بعضها کالحره فی حق العبد فلا ینکحها اکثر من اثنتین وکالامه فی حق الحر فلا یتجاوزها فکانه تغلیبا لجانب الحرمه الا انه لولا الاجماع ففیه بحث واضح.

والدلیل علیه ما یستفاد من بعض الاخبار المعتبره ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال کما عن الریاض غیر تام کما هو واضح .

وعن العلامه فی التحریر بعد ذکر حکم العبد والحر قال ولا فرق فی الاماء بین القن وامهات الاولاد والمکاتبات المشروطه والمطلقات اللواتی لم یودین شیئا اما المطلقه اذا ادت شیئا ومن انعتق بعضها ففی تحریم مازاد علی اثنتین منهن اشکال اقربه التحریم تغلیبا" لجانب الحرمه انتهی .

واما الاصل المحکم فی هذه المسئله هو التمسک بالاستصحاب فی حق العبد فیجوز له بعد کونه مبعضا نکاح اربع اماء کما یجوز له تزویج حرتین او حره وامتین الی غیر ذلک من احکام العبد القن کما هو ظاهر والکلام فی الامه المبعضه کالکلام فی العبد.

(والروايات الوارده فی جوازفوق الاربعه فی المتعه)

ولکل منهما ان ینکح بالعقد المنقطع ماشاء وکذا بملک الیمین.

ویدل علیه مضافا الی قوله تعالی (وانکحوا الایامی الایه) وعدم منافاته لقوله تعالی (وانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی وثلاث ورباع) مضافا الی کونه بصدد بیان امراخر کما قدعرفت انها مختصه بالدوام کما قیل وقوله تعالی فما استمعتم به منهن فاتوهن اجورهن فریضه الی اجل مسمی ولاجناح علیکم فیما تراضیتم به من بعد الفریضه والاجماع المدعی فی المقام الاما عن ابن حمزه والمسالک ولایعتدبخلافها فی قبال الشهره المحققه بل کادت من الضروریات فی مذهب الخاصه فضلا عن الاجماع بل علیه الدلالات والتعلیلات کما عن الجواهر.

قال فی المختلف المشهور انه لاینحصر عددالمتعه فله ان یزید علی اربع علی کراهیه ونقله ابن ادریس اجماعا.

وقال ابن البراج فی کتابیه معا ولایجوز للمتزوج متعه ان یزیدعلی اربع وقد ذکران له ان یتزوج ماشاء والاحوط ماذکرناه الی ان قال احتج ابن البراج بعموم مثنی وثلاث ورباع وبروایه عمار الساباطی واحمدبن محمدبن ابی نصرعن الرضا علیه السلام والشیخ حملهما علی الاحتیاط لا الحظر انتهی ملخصا"، ولعل مراد صاحب الجواهر من ابن حمزه هوابن البراج الا انه اشتبه فی النقل.

ويدل عليه الروايات المتواتره منها ـ صحيحه زراه قال قلت له ما يحل من المتعه قال كم شئت.

وصحيحه عمربن اذينه قال قلت له كم يحل من المتعه قال فقال هن بمنزله الاماء.

وصحيحه بكربن محمد الازدى قال سالت ابا الحسن عن المتعه اهى من الاربع فقال لا.

وروايه عبيدبن زراره وفى سنده سعدان بن مسلم عن ابيعبدالله (ع) قال ذكرت له المتعه اهى من الاربع، قال تزوج منهن الفا" فانهن مستاجرات.

وصحيح محمدبن مسلم عن ابى جعفر فى المتعه ليست من الاربع لانها لاتطلق ولاتورث وانما هى مستاجره.

وصحيح ابى بصير قال سئل ابوعبدالله عن المتعه اهى من الاربع فقال لاولامن السبعين.

وصحيح اسمعيل بن الفضل الهاشمى قال سالت اباعبدالله عن المتعه فقال الق عبدالملك بن جريح فسئله عنها فان عنده منها علما فلقيته فاملى على شيئا كثيرا" فى استحلالها وكان فيما يروى لى فيها ابن جريح انه ليس فيها وقت ولاعدد انما هى بمنزله الاماء يتزوج منهن كم شاء وصاحب الاربع نسوه يتزوج منهن ماشاء بغيرولى ولاشهود فاذا انقضى الاجل بانت منه بغيرطلاق ويعطيها الشيئ اليسير وعدتها حيضان وان كانت لاتحيض فخمسه واربعون يوما قال فاتيت بالكتاب ابا عبدالله (ع) فقال صدق واقربه.

قال ابن اذينه وكان زراه يقول هذا ويحلف انه الحق الا انه كان يقول انكانت تحيض فحيضه وانكانت لاتحيض فشهرونصف ورواه في المستدرک عن نوادر احمدبن محمدبن عيسى مثله باختلاف يسير في بعض كلماته .

محمدبن على بن الحسين باسناده عن الفضل بن يسار انه سئل اباعبدالله عن المتعه فقال هي كبعض امائک .

والعياشي في تفسيره عن عبدالسلم عن ابيعبدالله قال قلت له ماتقول في المتعه قال قول الله فما استمعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضه الى اجل مسمي ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضه قال قلت جعلت فداک اهي من الاربع قال ليست من الاربع انما هي اجاره الحديث .

وفي المستدرک في رساله المتعه عن ابي بصير انه ذكرالصادق عليه السلام وهل هي من الاربعه فقال تزوج منهن الفا .

وعن حمادبن عثمان قال سئل الصادق عليه السلام في المتعه هي من الاربعه قال لا ولامن السبعين .

وفي فقه الرضا (ع) وسبيل المتعه سبيل الاماء له ان يتمتع منهن بماشاء واراد .

وفي نوادر احمدبن محمدبن عيسى ماتقدم .

وعن محمدبن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في المتعه قال انها ليست من الاربع . الى غير ذلک من الروايات التي تدل بظاهر وصريحها على جوازالمتعه بماشاء من العدد .

وفي قبال هذه الروايات المتظافره روايات اخرى نادره بل غير مفتي بها.

كصحيحه احمدبن محمدبن ابي نصر عن ابي الحسن الرضا (ع) قال قال ابوجعفر اجعلوهن من الاربعه فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط قال نعم وفيه ان اثار التقيه منها ظاهره باعتبار نقل الامام الحكمه عن امام اخر من دون ان يحدث من نفسه والاحتياط ليس في الحكم بل لاجل ملاحظه العامه.

وكروايه عمار الساباطي عن ابي عبدالله عن المتعه فقال هي احد الاربعه.

وعن ابي نصر عن ابي الحسن (ع) قال سالته عن الرجل تكون له المراه هل يتزوج باختها متعه قال لاقلت حكى زراره عن ابي جعفر انما هي مثل الاماء يتزوج ماشاء قال هي من الاربع.

قال الشيخ وهذان الخبران وردامورد الاحتياط والفضل دون الحظر.

وفي النوادر عن القسم بن علي عن ابي ابراهيم عليه السلام انه قال في حديث ولاتجتمع ماء في خمس قلت وانكانت متعه قال وانكانت متعه فانها ايضا محموله على التقيه من العامه كما تشهد بذلك روايات.

فمنها الروايات الوارده عن النهي عن المتعه كما في روايه عمار قال قال ابوعبدالله عليه السلام لي ولسليمان بن خالد قدحرمت عليكما المتعه من قبلي مادمتما في المدينه لانكما تكثران الدخول علي واخاف ان توخدا فيق هولاء اصحاب جعفربن محمدبن علي بن الحسين.

مسئلتان اذا طلق واحده من الاربع حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضي عدتها ان كان الطلاق رجعيا " ولو كان باينا " جاز له العقد على الاخرى في الحال وكذا الحكم في نكاح اخت الزوجه على كراهيته مع البينونه.

والكلام تاره في العده الرجعيه واخرى في العده البائنه وثالثه في نكاح اخت الزوجه مع البينونه.

اما الاول فانه بلا خلاف كما في الرياض وصرح به في التذكره لكونها بحكم الزوجه وفي الجواهر بل يمكن تحصيل الاجماع عليه لانها بحكم الزوجه نصا وفتوى وفيه وان التزم بعدم الرجوع بحكم شرعي فانه لايخرجها عن حكم المطلقه الرجعيه التي هي بحكم الزوجه.

ويدل عليه ايضا ماعن العامه والخاصه من ارثها من الزوج اذا مات لعدم كونه حكما تعبديا " بل متفرع على كونها زوجه.

ومن الروايات صحيحه زراره بن اعين ومحمدبن مسلم عن ابى عبدالله (ع) قال اذا جمع الرجل اربعا " وطلق احديهن فلا يتزوج الخامسه حتى تنقضي عده المراه التي طلق وقال لايجمع ماءه في خمس.

والصحيحه وانكانت مطلقه الا ان اردافه بجمله (لايجمع ماءه في خمس) كالتعليل للحكم المتقدم المشعر باختصاصه بالعده الرجعيه اذ هي التي يتصور فيها مقتضاه دون البائنه كما عن الرياض.

وصحيحه محمدبن قيس قال سمعت اباجعفر (ع) يقول في رجل كانت تحته اربع نسوه فطلق واحده ثم نكح اخرى قبل ان تستكمل المطلقه العده قال فليلحقها باهلها حتى تستكمل المطلقه اجلها

وتستقبل الاخرى عده اخرى ولها صداقها انكان دخل بها وان لم يكن دخل بها فله ماله ولاعده عليها ثم انشاء اهلها بعدانقضاء العده زوجوه وانشاءوا لم يزوجوه - ورواه فيالمستدرك عن نوادراحمد بن عيسى بعينها .

وروايه علي بن ابي حمزه قال سالت ابا ابراهيم (ع) عنالرجل يكون له اربع نسوه فيطلق احدايهن ايتزوج مكانها اخرى قال لاحتى تنقضي عدتها .

وصحيحه محمدبن الحسين بن ابي الخطاب عن وهيب بن حفص عن ابي بصير عن ابيعبدالله (ع) قال سالته عن رجل له اربع نسوه فطلق واحده يضيفاليهن اخرى قال لاحتى تنقضي العده فقلت من يعتد فقال هوقلت وان كانت متعه قال وان كانت متعه .

اقول حكمالمتعه محمول عليالكرايهاوالتقيه منالمخالفين لئلا يتوهم بعداختيارالخامسه بلا فاصله ان التي تركها كانت متعه ، كمالايبعد .

وروايه سنان بن طريف عنابي عبدالله (ع) قال سئل عن رجل كن له ثلاث نسوه ثم تزوجامراه اخرى فلم يدخل بها ثماراد ان يعتق امه ويتزوجها فقالان هوطلق التي لم يدخل بها فلاباءس ان يتزوج اخرى من يوم ذلك وان طلق من الثلاثالنسوه اللاتي دخل بهن واحده لم يكن له ان يتزوج امراه اخرى حتى تنقضي عدهالمطلقه والروايه صحيحه بناء على كون ابن طريف هوابوعبدالله كمالايخفى وعلى فرض الالتباس فان الحسن بن محبوب في طريقالسند فهومن اصحاب الاجماع

فروايته جابره على فرضه وفي قرب الاسناد قال سالته اي موسى بن جعفر عن رجل له اربع نسوه فطلق واحده هل يصلح له ان يتزوج في اخرى قبل ان تنقضي عده التي طلق قال لايصلح له ان يتزوج حتى تنقضي عده المطلقه .

وصحيح حماد بن عثمان وعمار بن موسى وعبدالله بن سنان الوارده في ابواب العدد من الوسائل فراجع هذه الاخبار وان كانت مطلقه الا ان الاصحاب حملوها على العده الرجعيه كما عنون به الباب في الوسائل وهنا روايات اخرى اوردها في المستدرك .

كروايه الجعفريات عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عليا عليه السلام قال على الرجل خمس عدات اذا كان له اربع نسوه فطلق احداهن فليس له ان يتزوج حتى تنقضي عده التي طلق الخبر .

وكروايه احمد بن محمد بن عيسى عن النضر بن سويد عن عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال في رجل تحته اربع نسوه فطلق احداهن قال لاينكح حتى تنقضي عده التي طلق - لكن في الوسائل باب العدد عبدالله بن سنان فراجع .

وروايه محمد بن قيس الذي تقدم مثله عن الوسائل واشرنا اليها .

وعن دعائم الاسلام عن علي عليه السلام في الرجل يكون عند اربع نسوه فيطلق احداهن قال ليس له ان يتزوج خامسه حتى تنقضي عده التي طلق .

وعن دعائم الاسلام عن علي عليه السلام في الرجل يكون عنده

اربع نسوه فيطلق احداهن قال ليس له ان يتزوج خامسه حتى تنقضى عده التى طلق .

وعن فقه الرضا ولايجوز لمن له اربع نسوه اذا عزم على التزويج الا بطلاق احدى الاربع ولايتزوج حتى تنقضى عده التى طلق .

الى غير ذلك مما تظفر عليه اذا تتبعت فى الابواب المتفرقه التى اطلق فيها العده من دون تفصيل بين كونها فى العده الرجعيه او غيرها لكن لابد من الحمل عليها بقرائن اخرى وسياتى بعضها انشاء الله تعالى .

ويمكن حملها على التقيه ايضا كما يؤيده قول بعضهم بالصبر حتى تخرج العده مطلقا مع البائن ايضا كما عن ابى حنيفه وغيره .

واما اذا كانت المراه فى العده البائنه فيتزوج وان لم تخرج عدتها ان كانت ذات عده كالمختلعه .

قال فى نكاح الخلاف مسئله ۶۵ اذا ابان زوجته بخلع او مبارات اوفسخ جاز له ان يتزوج باختها وعمتها وخالتها قبل ان تخرج من العده وبه قال زيد بن ثابت والزهرى ومالك والشافعى وذهب قوم الى انه لايجوز قبل الخروج من العده على كل حال وحكوا ذلك عن على عليه السلام وابن عباس وبه قال الثورى وابوحنيفه واصحابه وهكذا الخلاف اذا كان تحته اربع فطلق واحده هل له نكاح اخرى قبل انقضاء عده هذه ام لا ولو طلقهن لم يكن له ان يتزوج غيرهن لاواحده ولا اربعا حتى تنقضى عدتهن وهكذا لو كان له زوجه واحده فطلقها كان له العقد على اربع سواها وقالوا لايجوز .

دليلنا اجماع الفرقه واخبارهم - اقول لابد من حمل قوله كان له العقد على اربع سواها فيما اذا كانت المطلقه بائنه والا فيخالف باطلاقها جميع الروايات والاقوال كما هو ظاهر.

وفي التحرير في مسئله عدم جواز التزويج باكثر من اربع حرائر دواما "فان ماتت احداهن او طلقها بائنا جاز له العقد على اخرى في الحال وان طلقها رجعيا" لم يجز له العقد حتى تخرج المطلقه عن عدتها - فانه صريح في ما اختاره المشهور الا الشيخ بناء على اطلاق عباره الخلاف ولم يحضرني سائر كتبه حتى اراجعها.

وعن الصدوق في المقنع واما الخلع فلايكون الا من قبل امراه وهي ان تقول لزوجها لا ابر لك قسما ولا اطيع لك امرا" ولا غتسل لك من جنابه الى ان قال وقد بانت منه وحلت للزواج بعد انقضاء عدتها وحل له ان يتزوج اختها من ساعته.

لكن في كشف اللثام عن ظاهر التهذيب القول بالحرمه وفي المسالك ايضا في الحمل نظر من حيث عدم المعارض واطلاق المفيد في المقنعه المنع في البائن مع تصريحه باختصاصه وبالعده الرجعيه ثمه فلايصلح دعوى عدم الخلاف مع مصير من عرفت الى القول بالاطلاق.

لكن مع ذلك كله وبقرنيه وضوح المسئله في اخت الزوجه المختلعه كما سياتي فيه التعليل بانقطاع العصمه لابد من حمل الاطلاقات على كون العده رجعيه.

واما نكاح اخت الزوجه مع كون الطلاق باينا" فيجوز كما قد عرفت عن الصدوق وعن الشيخ في الخلاف والعلامه في التحرير وغيرهم

رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ، ويدل عليه من الروايات .

صحيحه ابي الصباح الكناني عن ابي عبدالله قال سالت عن رجل اختلعت منه امراته ايحل له ان يخطب اختها قبل ان تنقضي عدتها قال اذا برئت عصمتها منه ولم يكن له عليها رجعه فقدحل له ان يخطب اختها الحديث ، راجع ابواب العدده من الوسائل. ويستفاد من مفهومها انه اذا امكن المراجعه كما في العده الرجعيه لايجوز تزويج الاخت فيكون شاهدا لحمل المطلقات على العده الرجعيه .

وصحيحه ابي بصير عن ابي عبدالله (ع) قال سالته عن رجل اختلعت منه امراته ايحل له ان يخطب اختها من قبل ان تنقضي عده المختلعه قال نعم قدبراءت عصمتها منه وليس له عليها رجعه .

وصحيحه الحلبي عن ابيعبدالله في رجل طلق امراته او اختلعت اوبانت اله ان يتزوج باختها قال فقال اذا برئت عصمتها ولم يكن عليها رجعه فله ان يخطب اختها راجع ابواب العددمن الوسائل.

وما رواه احمدبن محمدبن عيسى في نوادره بسندصحيح عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) انه قال اذا اختلعت المراه من زوجها فلا باس ان يتزوج اختها وهي في العده .

وصحيحه زراره وغيره جميعا عن ابي عبدالله (ع) قال المختلعه اذا اختلعت من زوجها ولم يكن له عليها رجعه حل له ان يتزوج اختها في عدتها .

وعن الصدوق في الفقيه ص ٤٢١ في حديث ولاباءس ان يتزوج الرجل

اختالمختلعه من ساعته .

نعم يعارضها ماروا، على بن ابى حمزه عن ابى ابراهيم (ع) قال سالته عن رجل طلق امراته ايتزوج اختها قال لاحتى تنقضى عدتها قال وسالته عن رجل كانت له امراه فهلكت ايتزوج اختها قال من ساعته ان احب .

وعن الجعفريات عن على عليهالسلام انه قال على الرجل خمس عدات الى ان قال والرجل يطلقالمراه فيريدان يتزوجاختها والرجل يطلق المراه فيريدان يتزوج عمتها وخالتها فليس لهان يتزوج حتى تنقضى عدهالتى طلق .

وعندعائم الاسلام انه قال اذاطلقالرجل المراه لم يتزوج اختهاحتى تنقضى عدتها ، المحموله هذهالاخبار كلها على كون العده رجعيه .

كماان الروايات الوارده فياختين نكح احداهما رجل ثم طلقها وهى حبلى فجمعهما قبل ان تضع اختهاالمطلقه ولدها فامر على عليهالسلام بمفارقهالاخيره حتى تضع الاولى حملها وضمن الزوج صداقا مرتين كمافى صحيحه محمدبن قيس عن ابى جعفر .

محموله علىالعدهالرجعيه اوهى ظاهرهفيها بقوله فجمعهما قبل ان تضع اختهاالمطلقه فيكون منالشواهدعلىالجمع بين الاخباربحمل مطلقها على مقيدها .

واماالزوجه المتوفاه فالظاهر عدمالعده علىالرجل لاجلها كماتقدم من التحرير فلا يجبالصبر الى اربعه اشهروعشركما يدل

علیه ذیل روایه علی بن ابی حمزهالمتقدمه انفا .

وروایه عبدالله بن جعفر فی قرب الاسنادعنعبدالله بن الحسن عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر قال سالته عن رجل کانت له اربع نسوه فماتت احدایهن هل یصلح له ان یتزوجفی عدتها اخری قبل ان تنقضی عدهالمتوفاه فقال اذا ماتت فلیتزوجمتی احب .

ویشعر بذلکایضا ماروا ه زراره عنالصادق انها اذا ماتت لم یغسلها لانه لیس منها فی عده .

فروایه عمارقال سئل ابوعبدالله عن الرجل یکون له اربع نسوه فتموت احدیهن فهل یحل له ان یتزوجاخری مکانها قال لاحتی تاتی علیهااربعهاشهر وعشرا" الحدیث .

محمول علیالاستحباب کما عن الشیخ قال لانهاذا ماتت المراه جازللرجل ان ینکح امراه اخری مکانها فیالحال کمانقله عنه فی الوسائل .

واماالمتعه بن الصدوق فیالمقنع واذاتزوجت المراه متعه بمهر معلوم الی ان قال واذا تزوجت بامراه متعه الی اجل مسمی فلما انقضی اجلها احببت ان تتزوج اختها فلا تحل لک حتی تنقضی عدتهاانتهی .

وتدل علیه روایه ابی بصیر عن ابی عبدالله علیهالسلام قال سالته عن رجل له اربع نسوه فطلق واحده یضیفالیهن اخری قال لا حتی تنقضی العده فقلت من یعتد فقال هوقلت وان کانت متعه قال وان کانت متعه .

وروایه یونس قال قرات کتاب رجل الی ابی الحسن(ع) الرجل یتزوج المراه متعه الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما هل یحل له ان ینکح اختها من قبل ان تنقضی عدتها فکتب لایحل له ان یتزوجها حتی تنقضی عدتها .

وعن محمدبن علی بن الحسین فی متعه الفقیه وروی القاسم بن محمد الجوهری عن علی بن ابی حمزه قال قرات فی کتاب رجل الی ابی الحسن(ع) رجل تزوج بامراه متعه الی اجل مسمی فاذا انقضی الاجل بینهما هل له ان یتزوج باختها فقال لاتحل له حتی تنقضی عدتها .

وذکر نحوه محمدبن الحسن باسناده عن محمدبن یعقوب و باسناده عن الحسین بن سعید قال قرات فی کتاب رجل ابی الحسن الرضا (ع) وذکر مثله .

احمدبن محمدبن عیسی فی نوادره قال قرات فی کتاب رجل الی ابی الحسن العالم علیه السلام الرجل یتزوج متعه الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما هل له ان ینکح اختها من قبل ان تنقضی عدتها فکتب لایحل له ان یتزوج حتی تنقضی عدتها ، والروایات کما تری ضعیفه السند والرجل الکاتب الی ابی الحسن غیر معلوم الحال وانهم قد قراوا کتابه اما الاعتماد علیه فلا یستفاد من مجرد القرائه الا انه ایضا " بعید لان نقل مثلهم لاجل العمل فلابد من الحمل علی التقیه لاجل کون النکته فی الکتابه خوف الاذاعه وفی المختلف یجوز بل حل بعد انقضاء اجل المتعه التزویج باختها وان لم تنقض عدتها علی الاشهر

بین علمائنا وقال الصدوق فاذا انقضی اجلها فهی فرقه بغیر طلاق فاذا احببت ان تتزوج اختها فلا تحل لک حتی تنقضی عدتها وتبعه الکیدری لنا انها فرقه باین فاشبهت المطلقه ثلاثا وغیرها من البوائن التی لاتحل له حتی یعقد علیها عقدا مستانفا فساغ التزویج بالاخت کالنکاح الدائم ثم اورد روایه الفقیه فاجاب بضعف السند وبکونها مکاتبه فتزداد ضعفا انتهی .

والکیدری من المتاخرین وهو من تلامذه ابن حمزه صاحب الوسیله والواسطه وله کتاب الاصباح فی الفقه وشرح نهج البلاغه و اقواله فی الفقه مشهوره کما فی المختلف وغایه المراد والمسالک و کشف اللثام وغیرها واعتمد علیه المجلسی قده فی السماء والعالم واسمه محمد بن الحسین المعروف بالقطب الکیدری والکیدر قریه من قری بیهق وقد یقال بالذال ایضا ففی الطراز کیذر کحیدر قریه من قری بیهق منها قطب الدین محمد بن الحسین الکیدری الادیب الشاعر .

لکن فی النهایه بعد ان ذکر جواز العقد علی احدی الاختین فی عده طلاق البائن قال وقد روی فیها انه اذا انقضی اجلها فلا یجوز العقد علی اختها الا بعد انقضاء عدتها مشیرا " بذلک الی صحیح ابن سعید المؤید بخبر یونس وخبر علی بن ابی حمزه وخبر احمد بن محمد بن عیسی .

وفی نهایه المرام لسید المدارک ان العمل به متعین قال ولولا اعراض الاصحاب عنه بل عن ثرهذه الروایه شاذه مخالفه لا صول المذهب لایلتفت الیها ولایجوز التخریج علیها .

وفی الریاض بعد ایراد الروایه مالفظه وهومع عدم مکافئته لما تقدم یتطرق الیه القدح بعدم القطع بکون الحکم عنه (ع) اذ غایته وجدانه فی الکتاب عنه ولیس کلما یوجد فی الکتب یکون صحیحا کما صرح به الشیخ فتامل والاحتیاط لایترک انتهی .

وقال فی المبسوط ان کان الطلاق باینا اوخلعا " او فسخا" جازله العقد علی اختها وعمتها وخالتها قبل انقضاء عدتها وکذلک ان کانت عنده واحده وطلقها جازله العقد علی اربع ان کان الطلاق باینا وان کان رجعیا" . فلیس له ان یعقد الا علی ثلث فلم یتعرض لمسئله المتعه و تعبیره فی النهایه (بروی) ممایشعر بعدم اعتماده علی الروایه ویمکن ان یستفاد حکم المسئله من العله الوارده فی الاخت المختلعه (اذا برئت عصمتها ولم یکن له علیها رجعه) .

فله ان یخطب اختها کما فی صحیحه الحلبی وغیرها مما تقدم .

فالاقوی هوطرح الروایات بمخالفتها لفتوی الاکثر ولفحوی الصحاح المتقدمه واستفاده الفحوی من التعلیل الوارد فی عده منها وان کان للاحتیاط ایضا مجال واسع .

مسئله لوکان عنده اربع وشک فی ان الجمیع بالعقد الدائم او البعض المعین اوغیر المعین فهن بعقد الانقطاع، فهل یجوز نکاح الخامسه اولا؟فیه اشکال منشائه اثبات الدوام باصاله عدم ذکر الاجل بناء علی القول بان الدوام والمتعه من قبیل الزاید والناقص فاذا لم یذکر الاجل یکون العقد دواما" باعتبار ان الموجد انما هو الزوجیه

والدوام من لوازمات العقد کمافی عقدالبیع فان المنشاء بالصیغه انماهوالملکیه والدوام من احکام العقد فکان ذکرالاجل یمنع اللازم اوالاخذ باطلاق العقد فاذاشک فی حدوث المانع فالاصل عدمه اوفی ذکرالاجل فالاصل عدم ذکره فی نفس العقد.

لکن یردعلیه ان عقدالدوام والانقطاع عندالعرف نوعان بعد شرعیه الصیغه فمع قصدالعقد بعنوان الانقطاع ونسیان الاجل کیف یصیرالعقد دواما" مع کون القصد الی انشاء عنوان مقید بقید الانقطاع فماوقع لم یقصد وماقصدلم یقع .

ومع تسلیم الاتحاد ان استصحاب عدم القید باعتبارعدم وجوده انماینفع بناء علی حجته الاستصحاب فی الاعدام الازلیه ولانقول به کماحقق فی موضعه مضافاالی ان استصحاب عدم القید لایثبت کون العقد ممالم یسم فیه الاجل الاعلی القول بالاصل المثبت .

وموثقه ابن بکیر عن ابی عبدالله قال قال ابوعبدالله فی حدیث ان سمی الاجل فهو متعه وان لم یسم الاجل فهونکاح.

یمکن ان یکون ناظرا" الی اصل مشروعیه المتعه وکیفیه عقدها ولیس فیها تصریح بانها ارادالمتعه واخل بالاجل بل مضمونها ان النکاح مع الاجل متعه ومع عدمه دوام ولانزاع فیه .

واذاشک فی ان المطلقه هل کانت باینه اورجعیه فاستصحاب عدم النکاح بالخامسه محکمه فلایجوزله العقد علی الخامسه الا بعد خروج عده الزوجه التی طلقها ، ولایعارض الاستصحاب شیی آخر.

والکلام فی مالووهب المده کالکلام فی انقضاء المده وان کان النصوص الوارده فی خصوص انقضاء الاجل .

(فی تزویجالاجنبین اوالاثنتین علی الثلاثهفیعقدهواحده)

واذاتزوج احدی الاربع باینا" وتزوج اثنتین فان سبقت احدیهما کان العقد لها وان اتفقتا فی حاله بطل العقدان وروی انه یتخیروفی الروایه ضعف والاشهر هوالاول بین الطائفه کما عن السرائر والارشاد وفی التحریر لوکان له ثلاثفتزوج اثنتین فی عقد واحد قیل یتخیرایتهما شاء وقیل یقع باطلا وذهب الی الصحه فی المسئلتین فی النهایه والی الصحه ذهب فی المهذب والجامع والوسیلهوقال بالصحه فی مسئله الاختین الاسکافی والقاضی.

وفی المختلف لایجوز الجمع بین الاختین فی العقد و لا بین الخمس ولابین الاثنتین وعنده ثلاثاجماعافان فعل دفعه قال الشیخ فیالنهایه یتخیر فی ای الاختین شاء وکذافی الزائد علی الا ربع وهوقول ابن الجنید وابن البراج وقال ابن ادریس یبطل العقدوبه قال ابن حمزه والمعتمدالاول وبعدالاستدلال بروایه جمیل کماسیاتی قال ولان المقتضی للاباحه ثابتوالمانع لایصلحللمعارضه فیجب ثبوتالحکم اماوجودالمقتضی فلان المقتضی للاباحه هوالعقد ثابت اذاالعقد علیهما عقدعلی کلواحد منهما واماانتفاء المعارض فلانه لیسالا انضمام العقد علی الاختالاخری الیه لکنه لایقتضیتحریم المباح کمالوجمع بین محرمه عیناومحلله عینا" فی عقدواحد وکما

لوجمع بین المحلل والمحرم فی البیع ولافرق الا الاطلاق والتعیین ولا اثر له علی التحریم انتهی .

وهوکما تری یوافق القاعده ایضا اذا الفرض صحه العقدفی حد ذاته علی کل واحدمنهما مع قطع النظر عن الاخرکما اذا اوصی بواحد من الاشیاء اوباع واحدا" من العبدین اوالعباد وکما اذا قال بعتک واحدا منهما فیتخیرالمشتری وکما اذا فرض النهی عن اشتراء دارین مثلا فاشتری الدارین معا فلو فسخ احدیهما بالاختیار فیحکم بصحه ما اختاره عندالعقلاء وبطلان الاخر .

وکذلک الکلام فی المقام فانه یوقع العقد مع الجهاله اوالتوجه بواحدمن الاختین اواثنتین بعدماکان له ثلاث فان العقدفی حد ذاته صحیح والمانع انما هوالاخر اوالخامسه فیتخیرایتهما شاء کما یدل علیه الروایات وفاقا" للقاعده .

کصحیح جمیل ابن دراج عن ابی عبدالله فی رجل تزوج خمسا فی عقده قال یخلی سبیل ایتهن شاء ویمسک الاربع .

ویستفادحکم المسئله من صحیح جمیل ابن دراج عنه علیه السلام فی رجل تزوج اختین فی عقده واحده قال یمسک ایتهما شاء ویخلی سبیل الاخری وقال فی رجل تزوج خمسا" فی عقده واحده قال یخلی سبیل ایتهن شاء - ورویناهذه الروایه کی یعلم ان شبهه جمیل فی المسئلتین کانت من وادواحد فلذا سئل عنهما عن الامام فی مجلس واحد .

ورواه فی الکافی عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی

عمیر عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابه عن احدهما انه قال فی رجل تزوج اختین فی عقده واحده قال هو بالخیار یمسک ایتهما شاء ویخلی سبیل الاخری ورواه الشیخ باسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن علی ابن السندی عن ابن ابی عمیر- فلعل تضعیف الروایه کما عن المحقق وغیره اما من جهته علی بن السندی الذی قال فی حقه العلامه فی المختلف لایحضرنی الان حاله الا ان طریقه الشیخ الی ابن ابی عمیر جید و هو الراوی ولا یضر الارسال لان مراسیل ابن ابی عمیر معمول علیها .

ومع ذلک ان علی بن السندی هو علی بن اسماعیل یقال له السندی فلقب اسماعیل بالسندی وهو من اصحاب الرضا علیه السلام قال نصر بن صباح علی بن اسماعیل ثقه وهو علی بن السندی فلقب اسماعیل بالسندی کما فی کش ، واما من جهه ان جمیل یرویها عن بعض اصحابه عن احدهما کما فی سند الکافی فمن البعید ان یرویها تاره بواسطه بعض اصحابه واخری مستقلا عن الصادق فالواسطه سقطت من الروایه .

فعلی ای حال فلاجل ذلک حکموا بضعف الروایه بالارسال فالله العالم ، وقد عرفت حال الروایه وآنها معموله بها وانها صحیحه السند ولایضرها الارسال .

واما روایه عنبسه بن مصعب قال سالت اباعبدالله (ع) عن رجل کان له ثلاث نسوه متزوج علیهن امراتین فی عقده فدخل علی واحده منهما ثم مات قال ان کان دخل بالمراه التی بدا باسمها وذکر ها

عند عقد النکاح فان نکاحها جایز ولها المیراث وعلیها العده وان کان دخل بالمراه التی سمیت وذکرت بعد ذکر المراه الاولی فان نکاحها باطل ولامیراث لها وعلیها العده - ورواه الصدوق باسناده الی ابن ابی عمیر عن عنبسته بن مصعب.

فانها بصدد بیان امر اخر غیر التخییر فان ماسماه اولا نکاحه صحیح وماسماه اخیرا نکاحه باطل فیمکن ان یزوج اولا بالاولی ثم الثانیه کما اذا قال الوکیل زوجتک فاطمه وزینب فقال قبلت تزویج فاطمه وزینب فان النکاح یقع للاولی کما فی الجواهر من دون تخییر فیه اصلا وان کان فیه تامل وبالجمله لامانع من جهه العقل ولا العقلاء فی صحه النکاح فی احدی الاختین اذا کان النهی عن الجمع کما انه لامانع من ابتیاع دارین معا واختیار احدیهما مع النهی عن اشتراء دارین فیفسخ احدی الدارین فیکون بالنتیجه قد اشتری دارا" واحده وفی المقام قد اختار احدیهما وترک الاخر فلم یکن جامعا" للاختین معا" بل لولا خوف الاجماع یمکن ان یقال انه اذا نکح بالاخت ثم نکح الاخت الاخری فهو بالخیار فی ترک ایهما شاء ولو ترک ما نکحها اولا.

کما یدل علیه عن ابی علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان بن یحیی عن ابن مسکان عن ابی بکر الحضرمی قال قلت لابی جعفر (ع) رجل نکح امراه ثم اتی ارضا" فنکح اختها ولایعلم قال یمسک ایتهما شاء ویخلی سبیل الاخری الحدیث ورواه الشیخ باسناده عن محمد بن یعقوب الا انه قال هذا محمول علی انه اذا اراد امساک الاولی فلیمسکها بالعقد الثابت المستقر وان اراد امساک الثانیه

فليطلق الاولى ثم ليمسك الثانيه بعقد مستانف ـ وهذا التوجيه كما ترى انما نشاء من جهت عدم موافقتها عنده مع القواعد مع مصيره الى الاختيار في مسئله الاختين في النهايه وعن الاسكافي والقاضي ايضا وكما ذهب الى الاختيار في مسئله تزويج الاثنتين على الثلاثه في النهايه والمهذب والجامع والوسيله، فعلى كل حال فالمسئله اجتهاديه من دون ان يكون اجماع في البين على البطلان فمن قال به انما هو بالنسبه الى القاعده لكن طريقه الاحتياط في المسئلتين تجديد العقد على المختاره او الاختيار والطلاق واعطاء مهر المختاره ان بداله في نكاحها.

فما قيل من الحكم بالبطلان في صوره اقتران عقد الاختين او الاخيرتين بعد الثلاث او اتحاد العقد عليهما لعدم صحه الكل شرعا و صحه احدهما ترجيح من غير مرجح كما اذا عقد المرائه وامها وبنتها في عقد واحد.

ليس على ما ينبغي لان الترجيح هو الاختيار عند العقلاء كما في البيع وغيره ونطق به الروايات في البابين بل في الابواب المتفرقه فيما لو اسلم ومعه ما فوق الاربع من النساء واختيار العبد بعد العتق الى غير ذلك ولقد اجاد صاحب الجواهر في تطبيق المسئلتين على القاعده فراجع ـ واختار في الخلاف والمبسوط جواز الاختيار فيما اذا لم يدخل بواحده من الام والبنت والمسئله في محلها.

نعم لو كان تعلق انشاء العقد على الاختين او الاثنتين بعد

الثلاث بالمجموع من حيث المجموع بحيث لايكون انشاء على كل واحد منهما على خصوصها فلا يمكن تصحيحه حتى فی صوره بيع مالايجوز وما يجوز اذا انضم احدهما الى الاخر وبيعا معا .

فهل التخيير بنحو الاختيار او الوجوب فالظاهر هو الثانی لصحيحه جميل لقوله يمسك ايتهما شاء ويخلی سبيل الاخری فان الامر بالامساک على نحو الوجوب مضافا الى صحه العقد فی حد ذاته على كل واحد منهما فاحدهما زوجته الاان له الخيار فی تعيين ايتهما شاء كما يدل عليه فی مسئله اختيار الاربع من الثمانيه بعد الاسلام عن المسالک بقوله لان نكاح الاربع لازم له وقد جعل الشارع فسخ نكاح من شاء منهن .

فلو مات قبل التخيير فعلى القول بكون المسئله على طبق القاعده فاحدهما زوجته فعلى الورثه او الحاكم الشرعی تعيين الزوجه بالقرعه فانها لكل امر مشكل وان لم يكن له واقع كما لايخفى واما على البطلان فالظاهر عدم شمول الروايه لها فهی خارجه عنها فيحكم ببطلان العقد ح فيهما معا .

ولو تزوج الحر امه فی عقد واشتبه السابق صح نكاح الواحده على القول بالبطلان للعلم بصحه نكاح الواحده كيفما فرض واما الاشتباه فی الاخرين فيرفع بالقرعه كما عن التذكره ايضا .

وعن الشافعيته القول ببطلان العقد تاره والتوقف على البيان اخری فان صبرن لم ينفسخ وعليه الانفاق عليهن فی هذه المده .

واما على القول بالاختيار على القاعده او استفاده حكمها من الروايات بالقاء الخصوصيه فلا يتعين الواحده للصحه لاحتمال تاخر العقد على الاخرين مع جواز صحتهما باختيار احدى الاثنتين من الثلث لكن الاحتياط فى هذه المسئله ايضا كسابقتها من اختيار مازوجه من النساء بالعقد الجديد والطلاق فيما يفارقه و ترتيب احكام الزوجيه والطلاق فيهما كما تقدم .

****

(فی ان خروج العده من غیر رجوع)

(لایهدم المحلل فی الثلاث)

اذا استکلمت الحره ثلاث طلقات حرمت علی المطلق حتی تنکح زوجا غیره سواء کانت تحت حرا وعبد.

بلاخلاف فی شیی من ذلک من غیر فرق فی ذلک بین کون الرجعتین المتخللتین بین الطلقات بالرجوع فی العده مع المواقعه اوبدونها او کونهما باستیناف عقد جدید، علیها بعدانقضاء العده ای من غیر فرق بین کون الطلقات طلاق عده اوسنه اوالمرکب منهما الا ما عن ابن بکیر حیث خص ذلک بالطلاق العدی استنادا الی النصوص الشاذه الغیر المقاومه للنصوص المعتبره المستفیضه کما سیاتی، واختاره فی الفقیه تبعا للفقه الرضوی.

قال فی الخلاف (کتاب الرجعه) اعتبار الطلاق بالزوجه انکانت حره فطلاقها ثلث سواء کانت تحت حرا وعبدوانکانت امه فطلاقها اثنتان سواء کانت تحت حرا وعبدوبه قال فی الصحابه علی علیه السلام و فی الفقهاء ابوحنیفه واصحابه والثوری وقال الشافعی الاعتبار بالزوج انکان حرا فثلاث تطلیقات وان کان مملوکا فتطلیقتان سواء کانت تحته حره اوامه وبه قال ابن عمروابن عباس ومالک دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم وایضا قوله تعالی الطلاق مرتان فامساک بمعروف اوتسریح باحسان انتهی.

وفی المقنع طلاق العده وهوانه اذا اراد الرجل ان یطلق امراته

طلقها علی طهر من غیر جماع بشاهدین عدلین ویراجعها من یوم ذلک او بعد ذلک قبل ان تحیض ویشهد علی رجعتها ویواقعها حتی تحیض فاذا خرجت من حیضها طلقها تطلیقه اخری من غیر جماع ویشهد علی ذلک ثم یراجعها متی شاء قبل ان تحیض ویشهد علی رجعتها ویواقعها ویکون معها الی ان تحیض الحیضه الثانیه فاذا خرجت من حیضها طلقها الثالثه بغیر جماع ویشهد علی ذلک فاذا فعل ذلک فقد بانت منه ولاتحل له حتی تنکح زوجا غیره انتهی .

الی غیر ذلک من کلمات الاصحاب التی لانطیل بذکرها والعمده هو بیان معنی الایه کما ورد فی عده روایات وقد قیل فی تفسیرها وجوه بعضها اظهر من بعض لکن الاظهر من جمیع ذلک عندی بقرنیه ملاحظه شان النزول کما سیاتی بعضها وبقرنیه کون (المرتان) فی الایه بمعنی الکرتان ای کره بعد کره من دون ان یقع الطلاق فی المره الواحده فوق الواحده (کما یقول به العامه) هو ان یقال ان کل واحد من الطلاقین الرجعیین اما ان یکون فیه امساک بمعروف او تسریح باحسان فالوصفین انما یرجعان الی حقیقه الطلاق الرجعی وان بیده الامساک بمعروف من دون ضرارا وتسریح باحسان کذلک ویدل علی ذلک ویوضح المراد منه قوله تعالی الایه بعدها بفاصله ایه اخری واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولاتمسکوهن ضرارا لتعدوا علیهن ومن یفعل ذلک فقد ظلم نفسه ولاتتخذوا آیات الله هزوا " الایه اما الطلاق الثالث و هو ما نطق به الایه التی بین الایتین بقوله فان طلقها فلاتحل له حتی

تنكح زوجا غيره الايه .

لايقال ان الروايات كما سياتي انما تدل على ان التسريح بالاحسان هو الطلقه الثالثه فلا يلائم ان يكون كل واحد من الوصفين راجعا " الى الطلاق الرجعى فالامساك بالمعروف راجع الى الطلاق الرجعى واما التسريح بالاحسان هو الطلقه الثالثه و يفسره الايه بقوله فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره .

فانه يقال ان التسريح باحسان غير منحصره في الطلقه الثالثه بل هي عنوان كلي ومن مصاديقه الطلاق الثالث والاشاره في الروايات بكون الطلاق الثالث هو التسريح باحسان يمكن ان يكون لاجل ان الطلاق الثالث ايضا لابد فيه ان يكون التسريح بالاحسان حتى لايكون من الطلاق الضرار فالروايات انما هي بصدد بيان ان لا يكون الطلاق الثالث ضرارا بل لابد ان يكون فيه الاحسان والمعروف والله العالم، الا ان في عده روايات تفسير التسريح بالاحسان بالثالثه بحيث يوجب رفع اليد عن ظاهر الايه فيكون عليه الامساك بالمعروف راجعا " الى الجمله الاولى وهو (الطلاق مرتان) والتسريح بالاحسان مجمله يبينه قوله تعالى فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، ثم انه تحرم المطلقه في كل ثالثه حتى تنكح زوجا " غيره وهو المحلل سواء وقع الرجوع في العده اولا فلا يهدم استيفاء العده وانقضائها وعدم رجوع الزوج فيهما في كل مره تحرم الثالثه حتى تنكح زوجا غيره باجماع الطائفه كما حكاه جماعه وعن بعض الاجله الاجماع عليه من العلماء كافه كما

فی الریاض ویدل علیه عموم الکتاب بل اطلاقه والسنه المستفیضه خلافا لابن بکیر وعن الفقیه والفقه الرضوی استنادا" الی روایات قاصره السند والدلاله کما سیاتی.

اما قوله تعالی الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان الی قوله تعالی فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره _ فان اطلاقها محکم فیما اذا رجع بعد الطلاق او لم یراجع والمراد من الطلاق بعدهما انما هو الثالث.

فان قیل یمکن ان یکون هو مراد ابن بکیر فعلیه الامساک بالمعروف فی الطلقتین الاولیتین فاذا کان الرجوع فعلیا" تحرم فی الثالثه والا فلا.

فانه یقال انه یلزم منه ان یکون التسریح بالاحسان ایضا" علی وجه الفعلیه، فیتهافت الکلام مضافا الی انه لو کان فی الطلقه الواحده تسریح باحسان بان لا یراجع حتی تنقضی العده فانه بناء علی مذهبه یهدم ما سبق _ ومن السنه روایات.

منها صحیحه محمد بن مسلم وحماد بن عثمان عن الحلبی عن ابی عبدالله (ع) فی رجل طلق امراته ثم ترکها حتی انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غیر ان یدخل بها حتی فعل ذلک بها ثلاثا قال لا تحل له حتی تنکح زوجا غیره.

وصحیحه عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله قال قال امیر المؤمنین (ع) اذا اراد الرجل الطلاق طلقها فی قبل عدتها من غیر جماع فانه اذا طلقها واحده ثم ترکها حتی یخلو اجلها وبعده فهی

عنده علی تطلیقه فان طلقها الثانیه وشاء ان یخطبها مع الخطاب ان کان ترکها حتی خلا بها اجلها وان شاء راجعها قبل ان ینقضی اجلها فان فعل فهی عنده علی تطلیقتین فان طلقها ثلثا "فلا تحل له حتی تنکح زوجا " غیره وهی ترث وتورث ما دامت فی التطلیقتین والاولیتین ورواه فی الکافی کما تقدم .

وصحیحه ابی بصیر عن ابی عبدالله فی المطلقه التطلیقه الثالثه لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره ویذوق عسیلتها فان اطلاقها یشمل ما لو لم یکن رجوع فی البین .

ومنها ما رواه ابن مسکان عن ابی بصیر عن ابیعبدالله (ع) قال سالته عن طلاق السنه فقال طلاق السنه اذا اراد الرجل ان یطلق امراته یدعها ان کان قد دخل بها حتی تحیض ثم تطهر فاذا طهرت طلقها واحده بشهاده شاهدین ثم یترکها حتی تعتد ثلاثه قروء فاذا مضی ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحده وکان زوجها خاطبا "من الخطاب ان شاءت تزوجته وان شاءت لم تفعل فان تزوجها بمهر جدید کانت عنده علی اثنتین باقیتین وقد مضت الواحده فان هو طلقها واحده اخری علی طهر من غیر جماع بشهاده شاهدین ثم یترکها حتی تمضی اقرائها فاذا مضت اقرائها من قبل ان یراجعها فقد بانت منه باثنتین وملکت امرها وحلت للازواج وکان زوجها خاطبا " من الخطاب ان شاءت تزوجته وان شاءت لم تفعل فان هو زوجها تزویجا جدیدا " بمهر جدید کانت معه بواحده باقیه وقد مضت ثنتان فان اراد ان یطلقها طلاقا لاتحل له حتی تنکح زوجا " غیره ترکها حتی اذا حاضت وطهرت اشهد علی

طلاقها تطلیقه واحده ثم لاتحل له حتی تنکح زوجا " غیره الحدیث ـ الی غیر ذلک من الروایات الوارده فی کیفیه طلاق السنه وغیره من الابواب .

ویدل علی قول ابن بکیر مارواه عن زراره بن اعین عن ابی جعفر قال سمعته یقول الطلاق الذی یحبه الله والذی یطلق علیه الفقیه وهوالعدل بین المراه والرجل ان یطلقها فی استقبال الطهر بشهاده شاهدین واراده من القلب ثم یترکها حتی تمضی ثلثه قروء فاذارات الدم فی اول قطره من الثالثه وهواخرالقروء لان الاقراء هی الاطهار فقد بانت منه وهی املک بنفسها فان شائت زوجته وحلت له بلازوج فان فعل هذابها مائه مره هدم ماقبله وحلت له بلا زوج وان راجعها قبل ان تملک نفسها ثم طلقها ثلاث مرات یراجعها ویطلقها لم تحل له الابزوج .

قال ابن سماعه وکان ابن بکیر یقول المطلقه اذا طلقها زوجها ثم ترکها حتی تبین ثم تزوجها فانما هی علی طلاق مستانف قال وذکر الحسین بن هاشم انه سال عن ابن بکیر عنها فاجابه بهذا الجواب فقال له سمعت فی هذا شیئا قال روایه رفاعه قال ان رفاعه روی اذادخل بینهما زوج فقال زوج وغیرزوج عندی سواء فقلت سمعت فی هذا شیئا قال لاهذا ممارزق الله من الرای قال ابن سماعه ولیس ناخذ بقول ابن بکیر فان الروایه اذاکان بینهما زوج ـ وقال الشیخ قده لو کان سمع ابن بکیر عن زراره لکان یقول نعم روایه زراره ویجوزان یکون اسند ذلک الی زراره نصره لمذهبه لما رای اصحابه لایقبلون

مایقوله برایه وقدوقع منه من اعتقاد الفطحیه ماهواعظم من ذلک انتهی .

وعن الوسائل یحتمل ان یکون قوله فان فعل هذا بهذا ماه مره الی اخرالحدیث من کلام ابن بکیر فتوی منه ، فلا حجه فیه اذ لیس من جمله الحدیث کما وقع ذلک من الشیخ والصدوق وغیرهما کثیرا " بقرنیه استدلاله بحدیث رفاعه لابحدیث زراره کما مروبقرنته روایه الکلینی لهذا الحدیث بهذا السند بعینه خالیا " من الحکم الاخیر کما یاتی ویحتمل ان یکون المراد به نفی التحریم فی التاسعه موبدا " ویکون الحکم باباحتها له بلازوج مخصوصا " بالطلاق المتمم للماءه لانها فی الطلاق التاسع والتسعین لاتحل له حتی تنکح زوجا " غیره فیصدق انه اذا طلقها ماه مره حلت له بلازوج یعنی فی الطلاق الاخر وفی اکثر المراتب لافی کل طلاق انتهی .

وبالجمله قول ابن بکیر ومن تبعه علی فرض تصدیق الفقیه ذلک (لامجرد نقل الروایه) شاذه فلابه من ترکه والاخذ بما اشتهر بین الاصحاب کما هوظاهر .

ویوید عدم وجود الروایه علی قول ابن بکیران ابن سماعه قال لیس ناخذ بقول ابن بکیر فلوکان فی البین روایه مذیلا " بما یوید قول ابن بکیر ، لما رد علیه ذلک فالروایه المسلمه عندهم هوروایه رفاعه ففیها ایضا اذا کان بینهما زوج .

ویدل علیه ایضا مارواه فی الکافی عن حمید بن زیاد عن عبید الله بن احمد عن ابن ابی عمیر عن ابن المغیره عن شعیب الحداد

عن معلی بن خنیس عن ابی عبدالله (ع) فی رجل طلق امراته ثم لم یراجعها حتی حاضت ثلاث حیض ثم تزوجها ثم طلقها فترکها حتی حاضت ثلاث حیض ثم تزوجها ثم طلقها من غیر ان یراجع ثم ترکها حتی حاضت ثلاث حیض قال له ان یتزوجها ابدا " مالم یراجع ویمس وکان ابن بکیرواصحابه یقولون هذا فاخبرنی ابن المغیره قال قلت له من این قلت هذا قال فقال قلته من قبل روایه رفاعه وروی عن ابی عبدالله علیه السلام انه یهدم ما مضی قال قلت له فان رفاعه انما قال طلقها ثم تزوجها رجل ثم طلقها ثم تزوجها الاول ان ذلک یهدم الطلاق الاول .

والروایه صحیحه السند الا ان عبداله بن المغیره من اجلاء الاصحاب تردد فی الروایه کترديد الحسن بن محمدبن سماعه فی سابقها فهوایضا مما یوجب الترديد فکانهم لم یقبلوا صحه الروایه لاجل کون المذهب معلوما " فی خلاف ابن بکیر .

ومنها صحیحه رفاعه عن ابی عبدالله علیه السلام قال سالته عن رجل طلق امراته حتی بانت منه وانقضت عدتها ثم تزوجت زوجا " اخر فطلقها ایضا ثم تزوجها زوجها الاول ایهدم ذلک الطلاق الاول قال نعم قال ابن بکیر یقول المطلقه اذا طلقها زوجها ثم ترکها حتی تبین عنه ثم تزوجها فانما هی علی طلاق مستانف قال وذکر الحسین بن هاشم انه سال ابن بکیر عنها فاجابه بهذا الجواب فقال له سمعت فی هذا شیئا فقال روایه رفاعه فقال ان رفاعه روی اذا دخل بینهما زوج فقال زوج وغیرزوج عندی سواء فقلت سمعت فی هذا شیئا فقال لاهذا

مما رزق الله من الرای قال ابن سماعه ولیس ناخذ بقول ابن بکیر فان الروایه اذا کان بینهما زوج .

ومنه یظهر ایضا ان متمسک ابن بکیر انما هو اجتهاده ولم یکن فی ذیل روایه زراره (وحلت له بلا زوج) وانما اضافها برایه واجتهاده کما تقدم من روایه الکلینی ذلک الحدیث بدون الجمله المذکوره .

قال فی الوافی بعد ایراد خبر زراره هذا الخبر رده فی التهذیبین بالطعن فی ابن بکیر وانه رواه نصره لمذهبه اقول کیف یطعن هو فی ابن بکیر وهو الذی وثقه فی فهرسته وعده الکشی من فقهاء اصحابنا وممن اجمعت العصابه علی تصحیح ما یصح عنه والاقرار له بالفقه ولو کان مطعونا ولاسیما بمثل هذا الطعن المنکر لارتفع الوثوق عن کثیر من اخبارنا الذی هو فی طریقه وایضا "مضمون هذه الروایه لیس منحصرا فیما رواه بل هو مما تکرر فی الاخبار ونقله غیر واحد من الرجال کما مضی ویاتی فالصواب ان یحمل احد الخبرین المتنافیین فی هذا الباب علی التقیه وکذا کلام ابن بکیر ونسبه قوله تاره الی روایه رفاعه واخری الی الرای فانه یحمل علی ضرب من التقیه .

وعن الصدوق فی الفقیه ومتی طلقها طلاق السنه فجایز له ان یتزوجها بعد ذلک وسمی طلاق السنه طلاق الهدم متی استوفیت قروئها وتزوجها ثانیه هدم الطلاق الاول وکل طلاق خالف السنه فهو باطل انتهی .

فهو ایضا کالصریح فی مختار ابن بکیر وحمل کلامه علی الاجتهاد

فی الرای فی غایه البعد بل هو استفاده الحکم من الروایه .

وفی الکافی عن محمد بن عبدالله عن معویه بن حکیم عن ابن المغیره قال سالت عبدالله بن بکیر عن رجل طلق امرائته واحده ثم ترکها حتی بانت منه ثم تزوجها قال هی معه کما کانت فی التزویج قال قلت فان روایه رفاعه اذا کانت بینهما زوج فقال لی عبدالله هذا زوج وهذا مما رزق الله من الرای ومتی ما طلقها واحده فبانت ثم تزوجها زوج آخر ثم طلقها زوجها فتزوجها الاول فهی عنده مستقبله کما کانت فقلت لعبد الله هذا بروایه من فقال هذا مما رزق الله من الرای .

قال معویته بن حکیم روی اصحابنا عن رفاعه بن موسی ان الزوج یهدم الطلاق الاول فان تزوجها فهی عنده مستقبله قال ابو عبدالله علیه السلام یهدم الثلث ولایهدم الواحده والاثنتین وروایه رفاعه عن ابی عبدالله علیه‌السلام، هوالذی احتج به ابن بکیر انتهی – ص ١٥٣ طلاق الوافی .

****

(فی اعتبار الدخول فی المحلل ودوام العقد)

هو الذی احتج به ابن بکیر انتهی - ص ١٥٣ طلاق الوافی .

ومنها یظهر ایضا ان معویه بن حکیم کان مترددا "فی قول ابن بکیر بل کان یقول مثل لاصحاب فهو کابن المغیره وابن سماعه والحسین بن هاشم وغیرهم من الرواه الاجلاء .

ونسب الی الفقه الرضوی قول ابن بکیر ونسب الیه فی الحدائق لکن العباره المحکیه عن الفقه الرضوی فی المستدرک هکذا وسمی طلاق السنه الهدم لانه متی استوفت قروئها وتزوجها الثانیه هدم الطلاق الاول وروی ان طلاق الهدم لایکون الابزوج انتهی فهی کما تری لاتساعد مانقل عنه بل هو متردد مضافا الی ضعف الکتاب .

وروی فیه عن احمدبن محمدبن عیسی فی نوادره عن النضربن سوید عن عاصم بن حمید عن محمدبن قیس قال سمعت اباجعفر یقول من طلق ثلثا ولم یراجع حتی تبین فلاتحل له حتی تنکح زوجا غیره الخبر - فهی من الروایات الصریحه فی خلاف ابن بکیر .

ثم انه یشترط فی المحلل دوام العقد فلا تحل ان تزوجها متعه لخبر الصیقل قال سالت اباعبدالله عن رجل طلق امراته ثلاثا لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره وتزوجها رجل متعه ایحل له ان ینکحها قال لاحتی تدخل فی مثل ماخرجت منه .

وصحیحه محمدبن مسلم عن احدهما قال سالته عن رجل طلق امراته ثلاثا ثم تمتع فیها رجل اخر هل تحل للاول قال لا .

وفی صحیحه هشام بن سالم عن الصادق فی رجل تزوج امراه ثم طلقها فبانت ثم تزوجها رجل اخر متعه هل تحل لزوجها الاول قال لاحتی تدخل فیما خرجت منه .

وعن عبدالله بن مسکان عن الحسن الصیقل عن ابی عبدالله قال قلت رجل طلق امراته طلاقا لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره فیتزوجها رجل متعته اتحل للاول قال لا لان الله یقول فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا " غیره فان طلقها ،والمتعه لیس فیها طلاق وصحیحه الحلبی(ع) انه سئل عن الرجل ، یطلق امراته علی السنه فیتمتع منها رجل اتحل لزوجها الاول قال لاحتی تدخل فی مثل الذی خرجت منه الی غیر ذلک من الروایات الصریحه فی اعتبار النکاح غبطه .

(ولابدفی المحلل من الدخول)

ولابد فی المحلل ایضا الدخول ولابدان یکون بالغا وغیر حضی.

ویدل علی الاخیر روایه محمدبن مضارب قال ساءلت الرضا عن الخصی یحلل قال لا یحلل .

ویدل علی البلوغ روایه علی بن الفضل الواسطی قال کتبت الی الرضا (ع) رجل طلق امراته الطلاق الذی لاتحل له حتی تنکح زوجا " غیره فتزوجها غلام لم یحتلم قال لاحتی یبلغ فکتبت الیه ماحد البلوغ فقال ما اوجب الله علی المومنین الحدود.

وعن دعائم الاسلام عن ابی عبدالله علیه السلام انه قال من طلق امراته ثلاثا فتزوجت مجبوبا یعنی مصطلم الاحلیل اوغلاما لم یحتلم

لم يجز للاول ان مات عنها اوطلقها الثاني ان ينكحها حتى يتزوج من يحللها له على ماينبغي .

ويدل على الدخول ايضا روايات :

منها صحيح زراره عن ابي جعفر في حديث قال فاذا طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجها غيره ولم يدخل بها وطلقها اومات عنها لم تحل لزوجها الاول حتى يذوق الاخر عسيلتها .

وصحيح محمدبن قيس قال سمعت اباجعفر (ع) يقول من طلق امراته ثلاثا ولم يراجع حتى تبين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجت زوجا ودخل بها حلت لزوجها الاول وصحيح زرعه عن سماعه قال سالته عن رجل طلق امراته فتزوجها رجل اخرولم يصل اليها حتى طلقها تحل للاول قال لاحتى يذوق عسليتها .

وصحيح اسحق بن جبير عن الصادق في حديث انه سئل عن رجل طلق امراته فتزوجها رجل ولم يدخل بها ثم تزوجها الزوج الاول قال فهي عنده على تطليقه ماضيه وبقيت اثنتان .

(في معنى العسيله)

وعن دائم الاسلام روينا عن ابي عبدالله عن ابيه عن ابائه عن اميرالموءمنين صلوات الله عليهم انه قال من طلق ثلثا على ما ينبغي من الطلاق ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره فقيل له هل يحلها النكاح دون المسيس فاخرج زراعا اشعر فقال لاحتى يهزها به .

وفيه عن ابي جعفر وابي عبداله عليها لسلام انهما قال اذا طلق الرجل امراته ثلاثا للعده لم تحل له حتى تنكح زوجا " غيره

ویذوق عسلیتها وتذوق عسلیته الی غیرذلک من الروایات الوارده فی تلک المساق .

والمحکی عن ابن الاثیر انه قال لامراه رفاعه القریظی حتی تذوقی عسیلته ویذوق عسیلتک شبه لذت الجماع بذوق العسل فاستعار لها ذوقا وانما انث لانه اراد قطعه من العسل وقیل علی اعطائها معنی النطفه وقیل العسل یذکر ویونث فمن صغره موئنثا قال عسیلته کقویسه وشمیسه وانما صغره اشاره الی القدر القلیل الذی به الحل .

ویویدذلک ما فی عوالی اللئالی عن النبی(ص) انه قال لزوجه رفاعه لما طلقها عبدالرحمن بن الزبیر فقالت ان له هریه کهریه الثور اتریدین ان ترجعی الی رفاعه لاحتی تدوقین عسیلته ویذوق عسیلتک .

وعن السیدالرضی فی المجازات النبویه عنه صلی الله علیه وآله قال وقدسئل عن رجل کانت تحته امراه فطلقها ثلثا فتزوجت بعده رجلا فطلقها قبل ان یدخل بها هل تحل لزوجها الاول فقال لا حتی یکون الاخر قدذاق عسیلتها وذاقت من عسیلته قال رضی عنه هذه الاستعاره کانه کنی عن حلاوه الجماع بحلاوه العسل وکان مخبر الرجل ومخبرالمراه کالعسله المستودعه فی ظرفها فلایصح الحکم علیها الابعد الذواق منها وجاء باسم العسیله مصغرا " لسرلطیف فی هذا المعنی وهوانه اذا اراد فعل الجماع دفعه واحده وهوما تحل به المراه للزوج الاول فجعل ذلک بمنزله الذواق النائل من العسله من غیراستکثار منها ولامعاوده لاکلها فاوقع التصغیرعلی الاسم

وهوفی الحقیقه للفعل . ثم انه لایفرق فی المحلل بین الحر والعبد کما یدل علیه صحیحه اسحق بن عمار قال سالت ابا عبدالله (ع) عن رجل طلق امراته ثلاثا لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره فتزوجها عبد ثم طلقها هل یهدم الطلاق قال نعم لقول الله عزوجل فی کتابه حتی تنکح زوجا " غیره وقال هواحد الازواج والروایات الوارده فی التعبیر عن المحلل بالزوج من دون تفصیل یدل علیه بالاطلاق.

وروی العیاشی صحیح اسحق بن عمار فی تفسیره وعن دعائم الاسلام عن ابی عبدالله علیه السلام انه سئل عن رجل یطلق امراته ثلاثا " فتزوج عبدا ثم یطلقها هل تحل للاول قال نعم یقول الله عز وجل حتی تنکح زوجا غیره والعبد زوج .

ثم انه لا فرق فیما ذکر بین ان یکون المحلل حرا وعبدا لتواتر النصوص بذلک عن طرقنا وان العبره فی عدد الطلقات علی النساء دون الرجال فاذا استکملت الامه طلقتین لم یتخلل بینهما نکاح رجل اخر حرمت علی المطلق حتی تنکح زوجا غیره ولوکانت تحت حر بلا خلاف ودعوی الاجماع بقسمیه علیه والنصوص متضافره بذلک (الا ان الشافعی جعل العبره بالزوج فان کان عبدا حرمت علیه بالطلقتین وان کانت حره وکذلک المطلق ان کان حرا حرمت علیه بالثلاث وان کانت الزوجه امه) .

کما فی صحیحه حماد بن عیسی عن ابیعبدالله قال قلت له اذا کانت الحره تحت العبد کم طلاقها فقال قال علی (ع) الطلاق والعده بالنساء .

وصحيح محمدبن مسلم عن ابى جعفر قال طلاق المراه اذاكانت عند مملوك ثلاث ، تطليقات واذاكانت مملوكه تحت حر فتطليقتان .

وصحيحه الحلبى عن ابيعبدالله قال طلاق ، الحره اذاكانت تحت العبد ثلاث تطليقات وطلاق الامه اذاكانت تحت الحر تطليقتان .

وصحيح ابى بصير المرادى عنه قال طلاق الحره اذاكانت تحت عبد ثلاث تطليقات وطلاق الامه اذا ، كانت تحت الحر تطليقتان .

وعن العيص بن القاسم قال ابن شبرمه قال الطلاق للرجل فقال ابوعبدالله (ع) الطلاق للنساء وتبيان ذلك ان العبد تكون تحته الحره فيكون تطليقها ثلاثا ويكون الحر تحته الامه فيكون ، طلاقها تطليقتين .

وعن ابى اسامه عن ابى عبدالله قال قال عمر على المنبر ما تقولون يا اصحاب محمد (ص) فى تطليق ، الامه فلم يجبه احد فقال ما تقول يا صاحب البرد المعافرى يعنى اميرالمؤمنين فاشار بيده تطليقتان ، الى غير ذلك من الصحاح المستفيضه بل البالغه حد التواتر .

وعن الخلاف مسئله ١ كتاب الرجعه اعتبار الطلاق بالزوجه انكانت حره فطلاقها ثلاث سواء كانت تحت حر وعبد وانكانت امه فطلاقها اثنتان سواء كانت تحت حر اوعبد وبه قال فى الصحابه على (ع) وفى الفقهاء ابوحنيفه واصحابه والثورى .

وقال الشافعى الاعتبار بالزوج انكان حرا فثلاث تطليقات وان كان مملوكا فتطليقتان سواء كانت تحته حره اوامه وبه قال ابن عمر ، وابن عباس ومالك انتهى .

***

واذا استکملت المطلقه تسعا" للعده ینکحها بینها رجلان حرمت على المطلق ابدا"، قال فی الخلاف مسئله ۱۰۰ نکاح - اذا طلقها تسع تطلیقات للعده تزوجت فیما بینها زوجین لم تحل له ابدا" وهو احدی الروایتین عن مالک وخالف جمیع الفقهاء فی ذلک دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم وطریقه الاحتیاط .

وعن العلامه فی التحریر فان راجع فی العده وواقع وطلقها فی طهرآخرثم راجعها فی العده ووطئها وطلقها فی طهراخرکان طلاق العده وحرمت حتى تنکح زوجا غیره فاذا عادت الیه بعدفراق اوموت وطلق ثلثا کالاول حرمت حتى تنکح غیره فاذا عادت بعدفراق اوموت وطلق ثلثا "للعده حرمت ابدا" فی التاسعه ولایحرم من المطلقات موبدا غیرهذا ولوتجردهذا الطلاق عن الوطی اوراجع بعدالعده بعقد جدید لم یکن طلاق العده امالوراجع فی المختلعه بعدرجوعها فی البذل ووطئها فالاقرب انه طلاق العده ولوتزوجها فی العده بعقد جدید فالوجه انه لیس طلاق عده .

وفی المختلف فی مسئله طلاق الحبلی والتحقیق فی هذاالباب ان نقول طلاق العده والسنه وانما یصیر للسنه بترک الرجوع وترک المواقعه وللعده بالرجعه فی العده والمواقعه فاذاطلقها لم یظهر انه للسنه اوللعده الابعدوضع الحمل انتهى .

ویدل علیه، صحیحه زراره وداودبن سرحان عن ابی عبدالله علیه السلام وابن بکیر عن ادیم بیاع الهروی عن ابی عبدالله انه قال

الملاعنه اذالاعنها زوجها لم تحل له ابدا والذی یتزوج المراه فی عدتها وهو یعلم لاتحل له ابدا " والذی یطلق الطلاق الذی لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره ثلاث مرات وتزوج ثلاث مرات لاتحل له ابدا والمحرم اذا تزوج وهو یعلم انه حرام علیه لم تحل له ابدا .

واطلاق هذه الروایه وان کان یشمل طلاق السنه وهو الذی یقع التزویج بعدخروج العده ثلاث مرات الذی یحتاج الی المحلل خلافا لابن بکیر ـ الا انه مقیدبالاجماع کما حکاه جماعه .

ویستفاد القید ایضا من الروایه المرویه فی الخصال بسند لم ینقح عن موسی بن جعفر عن ابیه (ع) قال سئل ابوعبداله عما حرم الله عز وجل من الفروج فی القران وعما حرمه رسول الله صلی الله علیه وآله فی سنته فقال حرم الله عزوجل اربعه وثلثون وجها سبعه عشره فی القرآن وسبعه عشر فی السنه الی ان قال وتزویج الرجل امراته قدطلقها للعده تسع تطلیقات ـ بناء علی ان المراد من العده فیه هو ما ذکره المشهور والا فمجال الخدشه فیها واسع فلعله یمکن ان یکون فی قبال البدعی حتی یشمل صوره السنه ایضا .

وقدیقال باستفاده القید من مفهوم ما روی عن الفقه الرضوی(ع) فی سیاق طلاق العده وان طلقها ثلاثا واحده بعدواحده علی ما وصفناه لک فقد بانت منه ولاتحل له حتی تنکح زوجا غیره فان تزوجها غیره وطلقها واراد الاول ان یتزوجها فعل ، فان طلقها ثلاث تطلیقات علی ما وصفته واحده بعدواحده فقد بانت منه ولاتحل له بعد تسع تطلیقات ابدا واعلم ان کل من طلق تسع تطلیقات علی ما وصفت

لم تحل له ابدا " - فقد صرح فيماقبله باعتبار الدخول فيكون بذلک مقيدا " لاطلاق الروايه السابقه الا ان ضعف الروايه وعدم اعتناء الاصحاب به او جب طرد الكتاب وعدم الاعتماد عليها .

وطلاق العده على ما فسره جماعه وفاقا للعلامه في يرو القواعد والمحقق في الشرايع وغيرهم ان يطلق على الشرايط ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها ويواقعها ثم يطلقها في غير طهر المواقعه ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها في غير طهر المواقعه ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها في طهر اخروهوالذى يظهر من صحيحه زراره عن ابى جعفر في حديث واما طلاق العده الذى قال الله عزوجل فطلقوهن لعدتهن واحصوا العده فاذا ارادالرجل منكم ان يطلق امراته طلاق العده فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقه من غيرجماع بشهاده شاهدين عدلين ويراجعها من يومه ذلک ان احب اوبعدذلک بايام قبل ان تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها حتى تحيض فاذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقه اخرى من غيرجماع يشهد على ذلک ثم يراجعها ايضا متى شاء قبل ان تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها وتكون معه الى ان تحيض الحيضه الثالثه فاذاخرجت من حيضتها الثالثه طلقها التطليقه الثالثه بغيرجماع ويشهد على ذلک فاذا فعل ذلک فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره قيل له وانكانت ممن لاتحيض فقال مثل هذا تطلق طلاق السنه وغيرها والمعتبرفيها اعتبار الرجوع والمواقعه - وعن بعضهم عدم اعتبار المواقعه ثانيا " والاقتصار على الرجعه .

والمحکی عن النهایه وجماعه ان الطلاق الواقع بعد المراجعه والمواقعه یوصف بکونه عدیا وان لم یقع بعده رجوع ووقوع لکن الطلاق الثالث لایوصف بکونه عدیا الا اذا وقع بعد الرجوع والوقوع فظاهر القولین الاولین اتصاف الطلاقین الاولین بالعدی دون الثالث لحصول شرائطه علیهما فیهما من المراجعه والمواقعه معا " کما فی القول الاول والاول خاصه کما فی الثانی ولاکذلک الطلاق الثالث لفقد الشرط فیه علی القولین وینعکس الامر علی القول الثالث فیتصف الاخیران بالعدی دون الاول لوقوعهما بعد المراجعه والمواقعه دونه لعدمهما قبله کما صرح بذلک کله بعض الاجله الساده ثم انه وان احتاج الی المحلل فی کل ثالثه من غیر فرق بین کون الطلاق عدیا بهذا المعنی اوسنیا " ای وقع العقد علیها بعد خروج عدتها لکن الحکم فی المحرم الابدی لابد ان یکون (بعد التوالی واحتیاجه الی المحلل فی کل ثالثه فی البین) رجوع ومواقعه بعد کل طلقه فیکون الاثنین من الثلاث عدیا لا الثالث لانه بائن ومحتاج الی المحلل ففی الحقیقه یرجع الامر فی الحرمه الابدیه الی ست طلقات عدیه من بین التسع فالثلاثه فیها بائن وهو القدر المتیقن من الادله وکلمات الاصحاب ویرجع فی غیرها الی القواعد الاخر من اصاله الحل و غیره فاطلاق العدی علی التسع اما ان یکون من باب الغلبه اوالمجاوره لان الثالثه من کل ثلثه لایمکن فیه الرجوع ویحتاج الی المحلل کما تقدم من صحیحه زراره .

لکن المستفاد من ظاهر بعض الاخبار عدم الاحتیاج فی المحرم الابدی

الی العدی بل یتحقق بالسنی ایضا ومنشاء الاختلاف اطلاق بعض الاخبار کما فی صحیحه زراره المتقدمه والذی یطلق الطلاق الذی لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره ثلاث مرات وتتزوج ثلاث مرات لاتحل له ابدا .

بتقریب ان الموضوع فی الطلقات المحرمه ابدا واحدا لان الاول هو الثالث والثانیه هو التسع بضمیمه ما دل علی عدم الفرق بین الطلاق العدی والسنی فی الاحتیاج الی المحلل فی کل ثالثه الا ما عن ابن بکیر من عدم الاحتیاج الیه فی السنی ابدا فالمتجه اما تخصیصهما معا " بالعدیه کما هو صریح ابن بکیر واصحابه او الاکتفاء فیهما جمیعا " بالسنی فالاکتفاء فی الاولی بالسنی وتخصیص الثانیه بالعدی مناف لظاهرها فهذا غایه التقریب فی هذه الروایه (فالفرق بین قول المشهور وقول ابن بکیر فی الاحتیاج الی المحلل فی کل ثالثه مطلقا سواء کانت الطلقات عدیا اوسنیا وعدم الاحتیاج الیه اذا کانت الطلقات سنیا علی قول ابن بکیر واما التحریم الابدی فلابد فیه من العدی والمحلل والرجوع والمواقعه والتوالی والا فلایوجب الحرمه الابدیه) .

ویرد علیه مضافا الی استفاده الحکم من الروایه بضم القرینه المسلمه الخارجیه فلعل الروایه مما یستند لقول ابن بکیر فلایمکن ضم مقدمه الیها حتی یستفاد منها خلاف ما عن ابن بکیر لیتحد السیاق فی کلا المقامین ان الروایه بصدد بیان المحرمات الابدیه بنحو الاجمال بل هی بصدد بیان العدالاجمالی کما فی الملاعنه والتزویج فی العده والمحرم فمنها التزویج بعد الثالثه فانها ایضا تحرم ابدا حتی تنکح زوجا غیره ومنها المزوجه ثلاث مرات بهذا الترتیب من غیر

نقل الروایه وغیرها علی وجه تطابق مذهبه باجتهاده فلا یمکن الاعتماد علیها.

ومنها خبرابی بصیر عن ابی عبدالله (ع) فی حدیث قال سالته عن الذی یطلق ثم یراجع ثم یطلق ثم یراجع ثم یطلق فتلک التی لاتحل له حتی تنکح زوجا غیره فیتزوجها زوجا رجل آخر فیطلقها علی السنه ثم ترجع الی زوجها الاول فیطلقها ثلاث مرات وتنکح زوجا غیره فیطلقها ثلث مرات علی السنه ثم تنکح فتلک التی لاتحل له ابدا والملاعنه لاتحل له ابدا.

قال فی الوسائل المراد بالسنه هنا معناها الاعم وهومخصوص بطلاق العده بقرنیه اوله لماتقدم فکانه فهم من صدرها خلاف قول ابن بکیرحتی حمل السنه علی المغی الاعم فلعل المرادمن السنه فی الروایه هی فی قبال البدعی الذی یقول به العامه فلوکان المراد من السنی هوالمعنی الاخص المقابل للعدی بالمعنی الاخص یکون صریحا" فی عدم کفایه العدی بل یحرم فی التسعه السنیه فقط وهوخلاف الکل فلابد من رفع الید عن ظاهره فیرادمن السنی معناه الاعم فی قبال البدعی فیمکن ان یقیدبالعدی بقرنیه الروایات الاخر فلایکون الروایه صریحه فی قبال المشهور الاعلی القول بالسنه بالمعنی الاخص فح تکون ساقطه عن الاعتبار بالمره.

ومنها صحیحه جمیل بن دراج عن ابی عبدالله (ع)قال اذا طلق الرجل المراه فتزوجت ثم طلقها فتزوجها الاول ثم طلقها فتزوجت رجلاثم طلقها فاذاطلقها علی هذا ثلاثا لم تحل له ابدا وفی الوسائل

هذا محمول علی المطلقه تسعا للعده .

ویمکن ان یکون المراد من الروایه خصوصا بقرینه التصریح بقوله فاذا طلقها الخ ان المراد انه اذا طلق الرجل المراه ثلاثا فاحتاجت الی المحلل فتزوجت ثم طلقها فتزوجها الاول ثم طلقها ثلاثا بالمراجعه والمواقعه فی الاثنتین لها فتزوجت رجلا ثم طلاقها هکذا ثلاثا فاذا طلقها هذا ثلاثا لم تحل له ابدا لکن استفاده القیود المذکوره من الروایه فی غایه الاشکال فلو وکل الامر الی ظاهرها یکون مخالفا للروایات الداله علی الهدم بالزواج بعد کل طلاق .

بل یمکن ان یستدل علی عدم الحرمه الابدیه بالروایات الداله علیها کما فی روایه ابن ابی عمیر عن عبداله بن المغیره عن شعیب الحداد عن معلی بن خنیس عن ابیعبدالله علیه السلام فی رجل طلق امراته ثم لم یراجعها حتی حاضت ثلاث حیض ثم تزوجها ثم طلقها فترکها حتی حاضت ثلاث حیض ثم تزوجها ثم طلقها من غیر ان یراجع ثم ترکها حتی حاضت ثلاث حیض قال له ان یتزوجها ابدا مالم یراجع ویمس .

لکنه یرد علیه بعد ضعف السند لعبیداله بن احمد الذی یروی عن ابن ابی عمیر ظهورها فی مختار ابن بکیر اللهم الا ان یقید بالروایات الداله علی الاحتیاج الی المحلل فی کل ثالثه .

ثم الظاهر من الروایه عدم المراجعه وعدم المس معا فلو راجع ولم یمس فلا یستفاد حکمه من الروایه .

**

فى الحرمه الابديه

ويمكن ان يستدل ايضا بموثقه ابن بكير عن زراره بن اعين عن ابى جعفر (ع) قال سمعته يقول الطلاق الذى يحبه الله والذى يطلق الفقيه وهوالعدل بين المراه والرجل ان يطلقها فى استقبال الطهر بشهاده شاهدين واراده من القلب ثم يتركها حتى تمضى ثلثه قروء فاذارات الدم فى اول قطره من الثالثه وهواخرالقروء (لان الاقراء هى الاطهار) فقدبانت منه وهى املك بنفسها فان شائت تزوجته وحلت له بلازوج فان فعل هذا بها ماه مره هدم ما قبله وحلت بلازوج .

بناء على ان التحليل بلازوج من زياده ابن بكيرباجتهاده لكن الروايه بعداعراض المشهور عنها لايمكن الاعتماد عليها ، والقول بعدم خروج المعتبره عن الحجيه فى محلها لان هذه الروايه مما اسقطها الاصحاب وقدعرفت ما عن الشهيدوغيره فى هذا المضار فلانعيده .

ومن الاخبار مارواه فى الفقيه باسناده عن محمدبن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتب اليه فى العلل وعله الطلاق ثلاثا لما فيه من المهله فيما بين الواحده الى الثلاث لرغبه تحدث اوسكون غضبه انكان ويكون ذلك تخويفا وتاديبا للنساء وزجرا لهن عن معصيه ازواجهن فاستحقت المراه الفرقه المباينه لدخولها فيما لاينبغى من معصيه زوجها وعله تحريم المراه بعدتسع تطليقات فلاتحل له ابدا " لئلا يتلاعب بالطلاق فلا يستضعف المراه ويكون ناظرا فى اموره مستضعف المراه معتبرا وليكون ذلك مويسا "

لها عن الاجتماع بعد تسع تطلیقات فلاتحل له ابدا لئلایتلاعب بالطلاق فلا یستضعف المراه ویکون ناظرافی اموره .

بناء علی حفظ ماکان محرمافی الثالثه الی التاسعه ایضا فیکون ماهوالمحرم فی الثلاث وهوالعدی والسنی محرمافی التاسعه ایضا .

ویردعلیه مضافا الی ضعف السندفان الروایه بصدد بیان علة التحریم فی الثالثه والتاسعه من دون نظر الی ان المحرم ماهو هل هوالطلاق العدی اوالسنی من دون نظرالی ذلک .

****

فی تحریم الملاعنه

السبب الخامس اللعان وهوسبب لتحریم الملاعنه تحریما موبدا

وکذا قذف الزوجه الصماء والخرساء بما یوجب اللعان لولم یکن کذلک .

اما المسئله الاولی فانها موردالنص والفتوی بشروطه المعتبره فی اللعان من الرمی بالزنا وادعاء المشاهده وعدم البینه اونفی الولد الجامع لشرائط الالحاق وتلک تنکر ذلک وتلزمهما حالملاعته ویامر الحاکم علیهما بها فمع وقوعها یسقط عنها الحدای حد القذف وحدالزنا وانتقی الولد عنه وحرمت علیه موبدا واما مع عدم ادعاء المشاهده اومع اقامه البینه فینتقی اللعان اجماعا لاشتراطه بعدم الشهداء بنص الایه وهی .

قوله تعالی والذین یرمون ازواجهم ولم یکن لهم شهداء الا انفسهم فشهاده احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقین والخامسه ان لعنت الله علیه ان کان من الکاذبین ویدروء عنها العذاب ان تشهدا ربع شهادات بالله انه لمن الکاذبین والخامسته ان غضب الله علیها ان کان من الصادقین ـ سوره النور ایه ۶ الی ۹.

الا انه قال فی‌الخلاف انه لوکان للقاذف بینته فعدل عنها الی اللعان یصح ومنع ذلک فی المبسوط التفاتا " الی عدم البینه فی الایه وعن‌المحقق فی‌الشرایع وهوالاشبه .

وقوی جواز اللعان مع البینته فی المختلف ونسب الشیخ ذلک الی کافه اهل العلم حیث قال مسئله ۳ الخلاف اذاکان مع الزوج

بینته کان له ان یلاعن ایضا ویعدل عن البینته وبه قال کافه اهل العلم وقال بعضهم لایجوز ان یلاعن مع القدره علی البینه لشرط الایه دلیلنا ان النبی لاعن بین العجلانی وزوجته ولم یسئل هل لهما البینته ام لا فکانه حمل عدم البینه فی الایه واردا مورد الغالب کما اعترف به العلامه فی المختلف.

فکیف کان فیدل علی التحریم الموبد فی الباب روایات.

منها صحیحه عبدالرحمن الحجاج قال ان عباد البصری سال ابا عبدالله وانا عنده حاضر کیف یلاعن الرجل المراه فقال ان رجلا من المسلمین اتی رسول الله الی ان قال فی اخر الحدیث قال ففرق بینهما وقال لهما لاتجتمعا بنکاح ابدا بعدما تلاعنتما.

وفی صحیح البزنطی عن الرضا علیه السلام ولم ترجع الیه امراته وفی صحیحه زراره ثم لاتحل له الی یوم القیمه.

وفی صحیح الفضل قال سالته عن رجل افتری علی امراته قال یلاعنها فان ابی ان یلاعنها جلد الحد وردت الیه امراته وان لاعنها فرق بینهما ولم تحل له الی یوم القیمه الحدیث

وعن علی بن الحسین المرتضی فی رساله المحکم والمتشابه نقلا عن تفسیر النعمانی عن علی قال ان رسول الله لما رجع عن غزات تبوک الی ان قال فقال لهما رسول الله اذهبا فلم یحل لک ولم تحلی لک ابدا.

وصحیح الحلبی عن ابی عبداله علیه السلام انه سئل عن الرجل

یقذف امراته قال یلاعنها ثم یفرق بینهما فلاتحل له ابدا .

وفی روایه ابی بصیر عن ابی عبدالله علیه السلام فی حدیث قال والملاعنه لاتحل له ابدا .

وعن الصدوق فی العلل عن علی بن حاتم عن القاسم بن محمد عن حمدان بن الحسین عن الحسین بن الولید عن مروان بن دینار قال قلت لابی الحسن موسی بن جعفر لای عله لاتحل الملاعنه لزوجها الذی لاعنها ابدا قال لتصدیق الایمان لقولهما بالله .

واما المسئله الثانیه وهی قذف لزوجه الصماء والخرساء بما یوجب اللعان فللاجماع بقسمیه علی اصل المسئله وهو قذف الزوجه الصماء الخرساء لانتفاء شرط اللعان فیها .

ففی الخلاف اذا قذف زوجته وهی خرساء اوصماء فرق بینهما ولم تحل له ابدا .

وقال الشافعی انکان للخرساء اشاره معقوله اوکتابه مفهومه فهی کالناطقه سواء وان لم یکن لها ذلک فهی بمنزله المجنونه دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم فانهم لایختلفون فی ذلک .

انما الکلام فی اعتبار الوصفین معا کما یظهر عن بعض الاخبار او کفایه احدهما کما عبر به المشهور فی کلماتهم ومنهم الشیخ فی الخلاف وادعی الاکثر باحد الامرین کما فی الحدائق .

فمن الروایات صحیح ابی بصیر قال سئل ابوعبدالله (ع) عن رجل قذف امراته بالزناء وهی خرساء صماء لاتسمع ماقال قال انکان لها بینه فشهدوا عندالامام جلدالحد وفرق بینهما ثم لاتحل له ابدا

وان لم تکن لها بینه فهی حرام علیه ما اقام معها ولا اثم علیها منه .

قال فی الوافی ان کان لها بینه یعنی علی انه قذفها وفی التهذیب خرساء اوصماء - ورواه فی حدود الفقیه بدون (او) - قال فی المسالک ان هذه الروایه دلت علی اعتبار الصمم والخرس معا و بذلک عبر جماعه واکتفی اکثر الاصحاب باحد الامرین وهو موجود فی هذه النسخه فی التهذیب بلفظ (او) فی النسخه التی عندنا وفی الکافی بحذفها کما ذکرناه ویوکد الاکتفاء باحدهما تعلیق الحکم بالخرساء وحدها فی روایتین ، انتهی.

وفی لعان التحریر ولو قذف زوجته الصماء والخرساء حرمتا علیه ابدا ولا لعان .

لکن فی نکاح التحریر ما لفظه من لاعن امراته حرمت علیه ابدا وکذا لو قذف زوجته الصماء والخرساء بما لا یوجب اللعان لولا المانع لم تحرم علیه وکذا لو قذف غیرهما من النساء سواء کانت ذات عیب اولا ولو کانت صماء بغیر خرس فقذفها بما یوجب اللعان حرمت ابدا "علی اشکال .

والوجه فی اشکال عدم التعرض لحکمها فی الروایات فانها انما تعرضت للصماء الخرساء کما تقدم او الخرساء هی الخرساء الصماء کما هو الغالب فان الخرس انما هو من جهته الصمم من دون نقص فی اللسان، و قدره التکلم ، فلا یستفاد حکم الخرساء التی لیست بصماء من الروایات فلا بد من الاستشکال فی کلتا الصورتین والقدر المسلم دخوله فی الادله انما هی الخرساء الصماء .

ومنها صحیحه محمدبن مسلم عن ابیعبدالله (ع) فی رجل قذف امراته وهی خرساء قال یفرق بینهما .

ومنها روایه محمدبن مروان عنه فی المراه الخرساء کیف یلاعنها زوجها قال یفرق بینهما ولاتحل له ابدا .

ورواه الشیخ باسناده عن محمدبن یعقوب وباسناده عن الصفار عن محمدبن الحسین عن احمدبن محمدبن ابی نصرمثله الاانه قال

فی المراه الخرساء یقذفها زوجها وبعد محمد بن ابی نصر ابو جمیله عن محمد بن مروان فلا یکون الروایه بهذا السند ایضا من الصحاح .

ففی معقد اجماع الغنیته ومحکی السرائر الاکتفا باحدهما

لکن استفاده حکم کل واحدمنهما بالقاء الخصوصیه مشکل فان الروایه انما تعرضت لحکم الخرساء بناء علی اراده عنوان الخرس وتعلق الحکم به (لاعلی کون المراد من الخرس هوالذی یلزم من الصمم غالبا) واماالصماء فلیس لها روایه صریحه الامارواه ابو بصیر بناء علی نسخه (او) الذی لم یثبت عندنا فیبقی علی اصاله الحل وعموماته اللهم الا ان یقال انه اذاثبت سببیه الخرس فی الحکم وحده استلزم ذلک ثبوت الصمم وحده ایضا بعد فرض ظهور الخبر فی مدخلیته فی الحکم اذاحتمال الاطلاق فی سببیه الخرس وتقیید سببیه الصمم به لایرجع الی محصل .

وهی کماتری مجرداستحسان من دون انطباقه علی القواعدالا ان

ان یتمسک بذیل اجماع الغنیه والسرائر وهوایضا محل تامل اذهما من المتاخرین واجتهادهما من نوع الاجتهاد بین المتاخرین واحتمال ذلک ایضا یوهن التمسک بالاجماع .

ویحتمل ان یکون نقل الشیخ فی التهذیب الروایه بلفظ (او) لجهته تایید مذهب استاده حیث ذکر فی المقنعه ذلک بلفظ (او) فاوردالشیخ هذه الروایه دلیلا له بهذااللفظ مع انه اوردها فی فی باب اللعان کما فی الکافی بغیر لفظ (او) وکذانقله عنه السیدالسندفی شرح النافع .

وفی الفقیه اذا قذف الرجل امراته وهی خرساء فرق بینهما ـ وفی المقنع واذاقذف الرجل امراته وهی خرساء فرق بینهما انتهی .

فمع ان الصدوق مقیدکابیه بالافتاء غالبا بمضمون الروایات کیف لم یفت بمضمون روایه ابی بصیر الوارده فی الکافی فکان النسخه ایضا عنده (او) الا انه اختارالخرساء لتعرضها فی الروایات غالبا دونها والله اعلم .

وفی الجواهر ربما یقوی فی النفس الاختلاف المزبور فی النصوص للتلازم بین الخرس الخلقی والصمم ومنه ینقدح تخصیص موضوع هذا الحکم المخالف للاصول بذلک ، انتهی .

فلولا الاجماع لکان المصیرالیه متیقنا لکن کلمات الاصحاب تعرضت للخرساء مستقلا من دون تعرض للاستلزام .

وعن دعائم الاسلام عن امیرالموء منین قال الخرساء والاخرس لیس بینهما لعان لان اللعان لایکون الا باللسان قال ابوعبدالله (ع)

اذا قذف الرجل امراته وهی خرساء فرق بینهما .

وعن الجعفریات اخبرنا عبدالله اخبرنا محمد حدثنی موسی قال حدثنا ابی عن ربیعه عن جده جعفر بن محمد عن ابیه عن جده علی بن الحسین عن ابیه عن علی علیهم السلام قال خمس من النساء لیس بینهن وبین ازواجهن لعان الی ان قال والخرساء والاخرس لیس بینهما لعان لان اللعان لایکون الا باللسان . فعلی الروایتین یمکن ان یکون للصماء لعان اذا کان له لسان فتخرج عن مورد الروایات فیمکن ان یکون تعرض الاصحاب للخرساء من جهته عدم اللسان لها سواء کان معه الصمم اولم یکن فحکم بالتفریق بمجرد القذف بخلاف الصماء وحدها .

ثم الکلام فی الخرس العارضی بقطع اللسان ونحوه وکذلک الصمم ففی ثبوت الحکم فیهما من جهته اطلاق الروایات وکلمات الاصحاب ومن کون موردهما هو الذاتی منهما فیرجع الی عمومات اللعان فی غیرهما .

ویوید الاول الروایه الداله بان اللعان انما یکون باللسان فمع عدمه لا لعان فیثبت القذف وهذا کما تری تخمین بل هو اشبه بالرجم بالغیب .

نعم عدم تعرض الاصحاب له مع اطلاق کلماتهم یوجب الاطمینان بعدم الفرق بین الذاتی والعرضی منهما .

ثم انه لونفی ولدها علی وجه یثبت اللعان به لوکانت موءفه ففی ثبوت اللعان بالاشاره اوتحریمها بمجرد القذف قیل فیه وجهان

من مساواته للقذف فی التحریم الموبد فی اللعان فیساویه فی المعلول الاخر وهو کونه محرما" بدون اللعان فی الصماء والخرساء فکما ان القذف غیر موجب للعان فی الصماء والخرساء فکذلک نفی الولد فیهما فهما متعاکسان .

ودعوی الشیخ فی الخلاف ایضا علی انه لالعان للصماء والخرساء وجه العدم عموم الایه المتناول لکل زوجه خرج منه قذفهما بالنص والاجماع فیبقی الباقی داخلا فی عموم الحکم باللعان و توقف التحریم علیه ولایلزم من مساواه نفی القذف فی حکم مساواته فی غیره لان الاسباب متوقفه علی النص والاجماع انما نقل علی عدم لعانهما فی القذف لامطلقا حتی یشمل صوره النفی ایضا .

والشیخ ایضا صرح بعدم اللعان فی القذف فیهما لامطلقا کما قد عرفت سابقا من نقل کلامه والروایات الوارده انما هی بسدد بیان حکم القذف سئوالا وجوابا بل فی الروایه الاخیره ایضا فی المراه الخرساء یقذفها زوجها علی ما اوردها الشیخ بسندها فی التهذیب کما اوردناها علی طبق الوسائل الا انه لم یشر الی اختلاف النسخه فی الوافی فراجع .

قال فی الریاض بعد الاشاره الی الوجهین اوجههما العدم اقتصارا فیما خالف الاصل علی مورد الوفاق والنص ولیس فی الاجماع المحکی عن الشیخ علی نفی اللعان فی الخرساء والصماء دلاله علیه لاختصاصه بالقذف ومع ذلک فلا تلازم بین السقوط وثبوت التحریم انتهی فانه قدس سره ایضا استفاد من النص والاجماع الاختصاص .

فالعجب من صاحب الجواهر حیث حکم باتحاد المسئلتین وان الحکم ثابت علی سببی اللعان وهو القذف وانکار الولد وهذا معنی قوله کیف یلاعنها ای اذا حمل سبب اللعان فی غیرها معها کیف یلاعنها .

فیرد علیه مضافا الی ان احدی النسختین یقذفها زوجها والقذف انما هو نسبه الزنا الیها فی المقام وانکار الولد عرفا غیر القذف نعم هو مسبب عن الزنا فالحکم تعلق فی احدهما علی السبب واخری علی المسبب فلا یرتضعان من ثدی واحد ومورد السئوال انما هو القذف فی الروایات السابقه .

ومما یدل علی کون نفی الولد انما هو لاجل الزنا دون مجرد الشبهه ما صرح به العلامه فی لعان التحریر مسئله ۵ ان انکار الولد للشبهه لایوجب اللعان وان انتفی الولد، وکذا صرح ایضا فی کیفیه اللعان انه یشترط فی کل شهاده من الاربع ان یقول اشهد بالله انی لمن الصادقین فیما رمیتها به من الزنا ، وان نفی الولد زاد وان هذا الولد من الزنا ولیس منی ولو اقتصر علی احدهما لم یجز .

وفی حاشیه الاقا جمال عند قول المصنف اذا لاعن الرجل سقط عنه الحد ووجب علی المراه لان لعانه حجه کالبینه فاذا اقرت بالزنا اولم تقر ولکن نکلت عن اللعان وجب علیها الحد الخ ما لفظه ای حد القذف الذی یثبت علیه بسبب رمیها بالزنا اونفی الولد بناء علی کونه ایضا قذفا کما صرحوا به فی بحث القذف حیث عدوا منه ان قال لولده الذی اقر به لست بولدی .

وقال الشارح فی هذا الشرح هناک ولو لم یکن قد اقر به ولکنه

لاحق به شرعا بدون الاقرار فکذلک لکن له دفع الحد باللعان بخلاف المقر به فانه لاینتفی مطلقا .

ولایخفی انه فی الحکم بکونه قذفا باحدالقیدین تامل لاحتمال الشبهه کما اعترف به الشارح هنافی الردعلی مانقله من التحریر نعم لوثبت اجماع علی‌الحدفیهما اودلیل اخر فیمکن ان یکون حکمه حکم‌القذف ویحمل کلامهم علیه لکن الشارح ره حکم‌بکونه‌من الفاظ القذف الصریح لغه وعرفا فیثبت به‌الحد لامه .

ولایخفی مافیه مع‌تجویزه‌الاحتمال المذکور. والحق ان یقال انه اذا ارادالشبهه اواحتمالهااواحتمال جذب الرحم فلاوجه لثبوت الحد علیه ولم یثبت‌اجماع اوشهره بنفی الولد من دون نسبته‌الی الزنا مع احتمال کونه منه وادله الفراش محکمه‌فی المقام ومن المعلوم ان مجردنفی الولد لایوجب القذف ولانسبته الزنا الی‌الزوجه بل اذاادعی جذب الرحم اوالشبهه فی بعض الاحیان فقدتعترف بذلک فلیس فیها عارولاتهمته اصلا فان التهمته انماهی فی‌الزنا دون الشبهه والجذب واماوجوب الحد علیهاففی صوره رمیها بالزنا ونکولها عن اللعان ممالااشکال فیه واما مجردنفی الولدففیه الاشکال فان لعان الرجل لایفید الانفی الولد لاالزنا لاحتمال الشبهه ودرء الحد بالشبهات وبناء‌الحدود علی التخفیف .

ومن الواضح ایضا انه فی صوره‌الشبهه لاداعی للزوجه علی‌اللعان اذلایثبت‌حد علیها حتی تسقط باللعان وانتفاء الولدایضالاداعی لهاحتی‌یثبته بلعانهاحتی یحرم من الارث بل تکذیبهاله‌فی نفیه

باعث لها علی عدم اللعان لئلاینتفی فمع انتفاء لعان الزوجه لا فائده فی لعان الزوج لان الاحکام تترتب علی لعانهما معا الا ان تلاعن الزوجه لمجرد اظهار کذبه اولدفع سوء الظن بها اودفع اتهام الناس عنها اولدفع العار الذی یلزمها حتی من الشبهه فی بعض الاحیان واثبات جواز اللعان فی امثال المقام دونها خرط القتاد.

ویوید ماذکرناه ما عن الصدوق فی الهدایه اذا قذف الرجل امراته ضرب ثمانین جلده ولایکون اللعان الابنفی الولد فاذا قال الرحل لامراته انی رایت رجلا بین فخذ یک یجامعک وینکر ولدها فحینئذ الحکم فیه ان یشهد الرحل اربع شهادات بالله انه لمن الصادقین الخ - وقد صرح بذلک فی الفقیه ایضا بقوله ولا یکون اللعان الابنفی الولد واذا قذف الرجل امراته ولم ینتف من ولدها جلد ثمانین جلده .

فان رمی امراته بالفجور وقال انی رایت بین رجلیها رجلا یجامعها وانکر ولدها فان اقام علیها بذلک اربعه شهود عدول رجمت الخ .

وفی المقنع واذا قذف الرجل امراته لاعنها وفرق بینهما ولم تحل له ابدا وان کذب نفسه قبل ان یلاعنها جلد الحد ولم یفرق بینهما والزم الولد انتهی . .

لکن فی المختلف فی باب حد القذف المشهور ان اللعان یثبت بامرین القذف ونفی الولد وقال الصدوق اذا قذف امراته ضرب ثمانین جلده فان قذفها وانکر ولدها لاعنها وفرق بینهما ولم تحل له ابدا"

وان اکذب نفسه قبل ان یلاعنها جلدالحد ولم یفرق بینهما والـــزم الولد واللعان لایکون الابنفی الولد- والغرض من نقل کلمـــات الاصحاب اثبات ان فی نفی الولد الموجب للعان تهمته ونسبته الـی الزنا لا ان مجردنفی الولد موجب للعان ولوکان لاجل الشبهه وغیرها

وان کان سبب اللعان هوالقذف ایضا تبعا " للمشهورفی ذلـک دون الصدوق ، فظهر من جمیع ماذکرنا ان اللعان انماهوفی صوره العلم بعدم کون الولدمنه بل من الزنا ففی صوره الشبهه یکـون ادله الفراش محکه .

کما ان فی المتعه لایکون لعان ولایمکن نفی الولدبمجردالشبهه الی غیر ذلک من الاحکام الاتیه فی ابواب المتعه وغیرها .

*****

السبب السادس من اسباب التحریم الکفر والنظر فیه یستدعی بیان مقاصد الاول لایجوز للمسلم نکاح غیر الکتابیه اجماعا وفی تحریم الکتابیه من الیهود والنصاری روایتان اشهرهما المنع فی النکاح الدائم والجواز فی الموجل وملک الیمین وکذا حکم المجوس علی اشبه الروایتین .

فهنا مسائل الاولی فی عدم جواز نکاح المسلم غیر الکتابیه قال فی الخلاف مسئله ۸۴ النکاح المحصلون من اصحابنا یقولون لا یحل نکاح من خالف الاسلام لا الیهود ولا النصاری ولا غیرهم وقال قوم من اصحاب الحدیث من اصحابنا یجوز ذلک واجاز جمیع الفقهاء التزویج بالکتابیات وهو المروی عن عمر وعثمان وطلحه وحذیفه وجابر وروی ان عمارا " نکح نصرانیه ونکح طلحه نصرانیه ونکح حذیفه یهودیه وروی عن ابن عمر کراهیه ذلک والیه ذهب الشافعی دلیلنا قوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات حتی یوء من وقوله سبحانه ولاتمسکوا بعصم الکوافر وذلک عام .

فان قیل قوله تعالی ولا تنکحوا المشرکات لایتناول الکتابیات قیل له ان هذا غلط لغه وشرعا قال الله تعالی وقالت الیهود عزیر ابن الله وقالت النصاری المسیح ابن الله الی قوله سبحانه و تعالی عما یشرکون فسماهم مشرکین واما اللغه فان لفظ المشرک مشتق من الاشراک الخ

فا المسئله الاولی یدل علی هذه المسئله انتهی. قال ابن رشد فی البدایه مالفظه واتفقوا علی انه لایجوز للمسلم ان ینکح الوثنیه لقوله تعالی (ولاتمسکوا بعصم الکوافر)

والغرض من نقل کلامه قده اثبات ان المسئله لیست اجماعیه فلذا لم یستدل باجماع الفرقه والمشرکات هن عبده الاوثان وکذا المشرکین واهل الکتاب فی القرآن فی قبال المشرکین وقد بین حکم المشرکین بقوله تعالی ان الله بری من المشرکین و رسوله وکذا قوله تعالی الا الذین عاهدتم من المشرکین وقوله تعالی فاقتلوا المشرکین حیث وجدتموهم وقوله تعالی وان احد من المشرکین استجارک فاجره وقوله تعالی کیف یکون للمشرکین عهد عند الله ورسوله الا الذین عاهدتم الی غیر ذلک من الایات الصریحه فی انهم غیر الیهود والنصاری، قال فی الخلاف مسئله ۱۱۵ کل من خالف الاسلام لاتحل مناکحته ولا اکل ذبیحته سواء کان کتابیا" اوغیرکتابی علی ما تقدم القول فیه والمولود بینهما حکمه حکمهما وقال الفقهاء باجمعهم ان کانا کتابیین یجوز ذلک وانکانت الام کتابیه والاب غیرکتابی قال الشافعی لاتحل ذبیحته قولا واحدا" وانکان الاب کتابیا" والام غیرکتابیه ففیها قولان وحکم النکاح حکم الذبیحه سواء و قال ابوحنیفه یجوز ذلک علی کل حال دلیلنا ماقدمناه من انه لایجوز العقد علی من خالف الاسلام فهذا الفرع یسقط عنا.

وقال فی مسئله ۸۵ خلاف لایجوز مناکحه المجوس بلاخلاف الا ابا ثور فانه قال تحل مناکحتهم وغلطه اصحاب الشافعی وقال ابو اسحق هذه مبنیه علی قولین هل هم اهل الکتاب ام لا فان قلنا هم اهل الکتاب وهوقول علی علیه السلام جاز مناکحتهم وان قلنا لیسوا اهل الکتاب لم تحل قال ابوحامد الاسفراینی وهذا غلط جدا دلیلنا انا

قدبینا ان جمیع من خالف الاسلام لاتجوز مناکحته فهذا الفرع ساقط عنا وما دللنا به فی المسئله الاولی یدل علی هذه المسئله انتهی .

قال ابن رشد فی البدایه مالفظه واتفقوا علی انه لا یجوز للمسلم ان ینکح الوثنیه لقوله تعالی (ولاتمسکوا بعصم الکوافر) واختلفوا فی نکاحها بالملک واتفقوا علی انه یجوز ان ینکح الکتابیه الحره الا ماروی فی ذلک عن ابن عمر انتهی .

قال فی مجمع البیان وغیره ان سبب نزول الایه قضیه مرثد بن ابی مرثد الغنوی بعثه رسول الله الی مکه لیخرج منها ناسا من المسلمین وکان قویا شجاعا " فدعته امراه یقال لها عناق الی نفسها فابی وکانت خله فی الجاهلیه فقالت هل لک ان تتزوج بی فقال حتی استاذن رسول الله فلما رجع استاذن فی التزویج بها فنزلت الایه .

وعن بعض ایضا انه لایقع اسم المشرکات علی اهل الکتاب وقد فصل بینهما فقال لم یکن الذین کفروا من اهل الکتاب والمشرکین وما یود الذین کفروا من اهل کتاب ولا المشرکین وعطف احدهما علی الاخر ینادی بالافتراق فمن العجب ما عن مجمع البیان ان الشرک یطلق علی جمیع الکفار ومن حجد نبوه نبینا فقد انکر معجزه واضافه الی غیرالله وهذا هو الشرک بعینه لان المعجز شهاده من الله بالنبوه انتهی .

فمن الواضح ان مجرد الانکار والجحد لایستلزم الشرک فان الملحدین ینکرون جمیع الادیان مع عدم کونهم مشرکین .

ومجرد اضافه المعجزه الی غیرالله لیس شرکا لالغه ولا اصطلا حا لاشرعا "واما قوله تعالی فلاتمسکو بعصم الکوافر- فان المراد منهم ایضا هوالمشرکین فان صدر الایه فی سوره الممتحنه ینادی جهارا" بان المراد من الکوافر هوالمشرکین خاصته بقوله یاایهالذین آمنوا اذاجاء کم المومنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بایمنهن فان علمتموهن موءمنات فلاترجعوهن الی الکفار لاهن حل لهم ولا هم یحلون لهن واتوهم ماانفقوا ولاجناح علیکم ان تنکحوهن اذا اتیتمو هن اجورهن ولاتمسکوا بعصم الکوافرالایه فان الایه من الصدر الی الذیل بصدد بیان حکم مشرکی مکه فان رسول الله صلی الله علیه وآله صالح فی الحدیبیته مشرکی مکه علی ان من اتاه من اهل مکه رده علیهم ومن اتی اهل مکه من اصحاب رسول الله فهو لهم ولم یردوه علیه وکتبوا بذلک کتابا وختموا علیه فجائت سبیعه بنت الحارث الاسلمیه مسلمه بعدالفراغ من الکتاب والنبی بالحدیبیه فاقبل زوجها مسافر من بنی مخزوم وقال مقاتل هو صیف بن الراهب فی طلبها وکان کافرافقال یا محمدا ردد علی امراتی فانک قد شرطت لنا ان تردعلینا من اتاک مناوهذه طینه الکتاب لم تجف بعد فنزلت الایه الی اخر مانقله فی مجمع البیان فالایه مختصه بعابده الوثن لنزولها بسبهن ولا اعتبار بعموم اللفظ کمالایخفی .

واما قوله تعالی الله عمایشرکون فان الظاهر انها غیرراجعه الی الایه السابقه بل هی راجعه الی الایه التی تلیها وهی قوله تعالی - اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله والمسیح ابن مریم وماامروالا لیعبدوا الها واحدا" لا اله الاهو

سبحانه عما یشرکون ومن المعلوم انها غیرالشرک الاصطلاحی فانها من مراتب الشرک الخفی کما فی بعض فرق المسلمین مع عدم کونهم مشرکین بالمعنی المعروف.

ومن الواضح ان الایه تدل علی جواز نکاح المحصنات المؤمنات والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب من قبلکم اذا اتیتموهن اجورهن محصنین غیرمصافحین الایه والمراد من الاجرهوالمهر کما صرح به فی مجمع البیان وهوعوض الاستمتاع بهن کما عن ابن‌عباس وغیره فی سوره‌المائده فی قوله تعالی(اذا اتیتموهن اجورهن) اذا اعطیتموهن مهور هن التی یستحل بها فروجهن لانهن بالاسلام قد بن من ازاجهن کما فی سوره الممتحنه فاختصاص الایه‌بالمتعه بقرنیه اجورهن فی غایه‌البعد مضافا الی عودالضمیر بکلتا الفرقتین وها المؤ منات والمحصنات من اهل الکتاب والمحصنات خصوصا اذا اکن ابکارا" وعفایف یابین عن نکاح المتعه فالحمل علیها حمل علی النادرمن غیردلیل والامر باتیان اجرهن واعطائه علیهن لاجل انهم کانوا یاکلونه ولایدفعونه‌الی الازواج بل یجعلونه مهرالزوجه الجدیده کمایدل علیه قوله تعالی وان اردتم استبدال زوج مکان زوج واتیتم احدیهن قنطارا" فلاتاخذوا منه‌شیئا تاخذونه‌بهتانا" واثما مبینا قیل کان الرجل اذا ارادجدیده بهت‌الی تحت‌بفاحشه حتی یلجئها الی الافتداء منه بمااعطاها لیصرفه‌فی‌تزوج‌الجدیده فنهوا عن ذلک والمستفادمن جمیع ماذکرناه‌هوعدم‌جوازتزویج الوثنیه والمشرکین والمشرکات سواء کان علی وجه‌الدوام اوالمتعه

وسواء کان بملک الیمین ام لاعلی اشکال فی البعض کما سیا تی.

المسئله الثانیه فی نکاح الکتابیه فقداختلف کلماتهم واقوالهم فی ذلک منتشره فبین مجوزله مطلقا کما عن الصدوقین والعمانی وتبعهم علی ذلک المتاخرین منهم صاحب الجواهر و مال الیه فی المسالک وسبطه السیدالسند فی شرح النافع وغیره وبین محرم له مطلقا کما عن المرتضی والحلی واحدقولی الشیخین.

قال فی الخلاف ۱۱۵ نکاح، کل من خالف الاسلام لاتحل مناکحته ولا اکل ذبیحته سواکان کتابیا اوغیرکتابی علی ماتقدم القول فیه (وقدتقدم نقل مسئله ۸۴ نکاح فراجع).

وفصل ثالث بالدوام فقال بالحرمه وبالمتعه وملک الیمین فقال بالجواز کما عن ابی الصلاح وسلار واکثر المتاخرین .

واخری بالاختیار فیحرم والاضطرار فیجوز واجاز المتعه فی النهایه وابن حمزه والقاضی .

فقد استدل علی التحریم بالایات المتقدمه لکنک قد عرفت عدم شمول الشرک لاهل الکتاب لکن فی بعض الاخبار مایستفاد منه الشمول .

کما فی مجمع البیان عندقوله تعالی والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب قال روی ابوالجارود عن ابی جعفرانه منسوخ بقوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات حتی یوء من ولاتمسکوا بعصم الکوافر الا ان اباالجارود راس السرحوبیه من الزیدیه وقدورد فی ذمه روایات تضمن بعضها کونه کذابا کافرا" .

وکما فی صحیحه زراره بن اعین قال سالت اباجعفر عن قول الله عزوجل والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب من قبلکم فقال هی منسوخه بقوله ولاتمسکوا بعصم الکوافر لکن یردعلیه مضافا الی الاجماع علی بقاء النکاح اذا اسلم زوج الذمیه دونها وان اختلف فی جواز النکاح ابتداء وعدمه ولاتجدی اولویه المنع عن الابتداء بعدانتفاء حکم الاصل کما فی الجواهر.

ثم ان المائده بجملتها علی الظاهر اخر ما نزلت علی النبی صلی الله علیه وآله فقدورد منه (ص) ان سوره المائده اخر القرآن نزولا فاحلوا حلالها وحرموا حرامها ویوید ذلک ما عن القمی فی تفسیره احل الله نکاح اهل الکتاب الذین یودون الجزیه وغیرهم لم تحل مناکحتهم، وقال ایضا فی تفسیر قوله تعالی ولاتنکحوا هی منسوخه بقوله تعالی فی سوره المائده الی ان قال فنسخت هذه الایه قوله ولاتنکحوا المشرکات حتی یوء من وترک قوله ولاتنکحوا المشرکین حتی یومنوا علی حاله لم ینسخ لانه لایحل للمسلم ان ینکح المشرک ویحل له ان یتزوج المشرکه من الیهود والنصاری وکذلک قاله النعمانی فی کتابه علی مانقل عنه المرتضی قده فی رساله المحکم والمتشابه فکلاهما عدا قوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات فی منسوخ النصف من الایات فالقمی وان لم یسنده الا ان النعمانی رواه عن علی کما فی الرساله عن المرتضی ، وهذا لیس نسخا " اصطلاحیا لکونه تخصیصا " فی الحقیقه بعدعمومیه المشرکین والمشرکات لاهل الکتاب ایضا " فیبقی عبده الاوثان تحت الایه کما قدمناه.

فظهر مما ذكرناه انه بعدما نقل المرتضی قده فی الرسالة هذه الروایه فكیف یبقی الاطمینان بنقله الاتفاق وان حرمة التزویج من متفردات الامامیه.

فما عن الطبرسی فی المجمع ومنهم من قال انها علی ظاهرها فی تحریم نكاح كل كافره كتابیه كانت اومشركه عن ابن عمروبعض الزیدیه وهومذهبنا مما لایعتمدعلیه بعد مخالفة الصدوق وابیه والعمانی مضافا الی ما فی نسبه الفتوی الی ابن عمركلاما " سیاتی بیانه.

قال فی الدرالمنثور فی تفسیرالایه واخرج ابن ابی شیبه وابن ابی حاتم عن ابن عمرانه كره نكاح نساء اهل الكتاب وتاول ولا تنكحوا المشركات حتی یوء من واخرج البخاری والنحاس فی ناسخه عن نافع عن عبدالله بن عمركان اذاسئل عن نكاح الرجل النصرانیه اوالیهودیه قال حرم الله المشركات علی المسلمین ولا اعرف شیئا " من الاشراک اعظم من ان تقول المراه ربها عیسی وهوعبدمن عباد الله، فانت تری ان ابن عمرایضا كان یجتهد فی ادخال اهل الكتاب فی زمره المشركین مع مانقل خلافه عنه فلایعتمدبقوله علی فرض صحته، فلا بد فی المقام من ذكرادله الطرفین اما المانعین فقداستدلوا بطائفه من الاخبار.

فمنها صحیحه زراره بن اعین المتقدمه.

٢- ومنها صحیحه محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال سالته عن نصاری العرب اتوء كل ذبا یحهم فقال كان علی (ع) ینهی عن ذبائحهم

وعن صیدهم وعن مناکحتهم - ویحتمل ان یکون عدم جواب الامام عن المسئله والاکتفاء بفعل علی علیه السلام انما هو لاجل التقیه وکان فعل علی علیه السلام معروفا عند العامه من دون ان یکون ثابتا عند الامام والله العالم .

۳- ومنها صحیحه الحسن بن الجهم قال قال لی ابوالحسن الرضا یا ابا محمد ما تقول فی رجل تزوج نصرانیه علی مسلمه قال قلت جعلت فداک وما قولی بین یدیک قال لتقولن فی ذلک یعلم به قولی قلت لایجوز تزویج النصرانیه علی مسلمه ولاعلی غیر مسلمه قال ولم قلت لقول الله عزوجل ولاتنکحوا المشرکات حتی یوء من قال فما تقول فی هذه الایه والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب من قبلکم قلت فقوله ولاتنکحوا المشرکات نسخت هذه الایه فتبسم ثم سکت - والظاهر ان سکوت الامام لاجل عدم الرضا عن جوابه فلذا تبسم ومن المعلوم ان المسئله انما هی تزویج النصرانیه علی مسلمه لااصل تزویج النصرانیه فکان الامام اشار بقوله بتوجه المخاطب علی ایه سوره المائده والالم یفهم قوله من قول ابن الجهم اللهم الاان یقال ان الامام رضی بجوابه فتبسم عن الرضا ثم سکت والحق ان اثباته مشکل .

۴- ومنها صحیحه زراره بن اعین عن ابی جعفر (ع) قال لاینبغی نکاح اهل الکتاب قلت جعلت فداک واین تحریمه قال قوله ولاتمسکوا بعصم الکوافر - ویمکن ان یکون لاینبغی ظاهرا فی الکراهه فلذا سئل عن التحریم فاجاب الامام بالتحریم علی طبق فتوی بعض فقهاء العامه

کابن عمر فصدرالروایه لایفهم منه الاالکراهه .

۵ـ ومنها روایه ابی الجارود المتقدمه .

۶ـ ومنها ما رواه العیاشی فی تفسیره عن مسعده بن صدقه قال سئل ابوجعفر علیه السلام عن قول الله والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب قال نسختها ولاتمسکوا بعصم الکوافر .

۷ـ وفي دعائم الاسلام روینا عن جعفربن محمد عن ابیه عن ابائه عن علی صلوات الله علیهم انه قال انما احل الله نساء اهل الکتاب للمسلمین اذا کان فی نساء المسلمین قله فلما کثرت المسلمات قال الله عزوجل ولا تنکحوا المشرکات حتی یوء من وقال الله عزوجل ولا تنکحوا المشرکات حتی یوء من وقال ولاتمسکوا بعصم الکوافرونهی رسول الله عن ان یتزوج المسلم غیر المسلمه وهو یجد مسلمه ولاینکح مشرک مسلمه .

وعن علی علیه السلام انه قال لایحل لمسلم ان یتزوج حربیه فی دارالحرب وهو یجد مسلمه ولاینکح مشرک مسلمه وعن علی علیه السلام انه قال لایحل لمسلم ان یتزوج حربیه فی دار الحرب ، الی غیر ذلک من الاخبار الضعاف التی ذکرها فی المستدرک .

۸ـ ومنها ما رواه فی التهذیب عن الحسین عن النضر عن عبدالله بن سنان قال سالت اباعبدالله بم یکون الرجل مسلما یحل مناکحته وموارثته ولم یحرم دمه فقال یحرم دمه بالاسلام اذا ظهر ویحل مناکحته وموارثته .

هذه الروایه کانها ناظره الی بیان حکم الناصب وانه اذا نصب

العداوه لعلی واهل بیته لایکون مظهراللاسلام فلایکون منافیا" للروایات الداله علی عدم جوازنکاح النصاب والناصبه.

واما الاخبار المجوزه للزواج وفاقا" للصدوق وغیره حتی انه لم یذکر من الاخبار فی الفقیه الاما یدل علی الجوازنصره لمذهبه فکانه یری فی غیرها ضعفا اوخلاف طریقه الخاصه.

۱- فمنها صحیحه معویه بن وهب وغیره جمیعا" عن ابی عبدالله (ع) فی الرجل المؤمن یتزوج الیهودیه والنصرانیه فقال اذا اصاب المسلمه فما یصنع بالیهودیه والنصرانیه فقلت یکون له فیها الهوی قال ان فعل فلیمنعها من شرب الخمر واکل لحم الخنزیر واعلم ان علیه فی دینه غضاضه - رواه الصدوق باسناده عن الحسن بن محبوب نحوه.

۲- ومنها صحیحه ابی بصیر یعنی المرادی عن ابی جعفر قال سالته عن رجل له امراه نصرانیه له ان یتزوج علیها یهودیه فقال ان اهل الکتاب ممالیک للامام وذلک موسع منا علیکم خاصه فلاباس ان یتزوج قلت فانه تزوج علیهما امه قال لایصلح ان یتزوج ثلاث اماء فان تزوج علیها حره مسلمه ولم تعلم ان له امراه نصرانیه ویهودیه ثم دخل بها فان لها مااخذت من المهر فان شاءت ان تقیم بعد معه اقامت وان شاءت ان تذهب الی اهلها ذهب واذا حاضت ثلاث حیض اومرت لها ثلاثه اشهر حلت للازواج قلت فان طلق علیها الیهودیه والنصرانیه قبل ان تقضی عده المسلمه له علیها سبیل ان یردها الی منزله قال نعم.

یمکن حمل ذیل هذه الروایه علی کون الفسخ صوریا " اومراعاه بعدم طلاق الیهودیه والنصرانیه فلا اشکال فیها فی الدلاله علی الجواز .

۳- ومنها ما رواه منصور بن حازم عن ابی عبدالله (ع) قال سالته عن رجل تزوج ذمیه علی مسلمه ولم یستامرها قال یفرق بینهما قلت فعلیه ادب قال نعم اثنا عشر سوطا ونصف ثمن حدالزانی وهوصاغر قلت فان رضیت المراه الحره المسلمه بفعله بعدما کان فعل قال لایضرب ولایفرق بینهما یبقیان علی النکاح الاول .

وفی الوافی والحدائق عن التهذیب امه مکان (ذمیه) لکنه خلاف الظاهر اذ کان علیه المقابله بین الامه والحره دون الامه والمسلمه ، والروایه صحیحه بسند الصدوق دون الکافی لان فیه صالح بن سعید عن بعض اصحابنا عن منصور بن حازم ، لیس الاشکال فی ابن سعید فانه المعتمد بل لاجل الارسال فی سند الروایه .

۴- ومنها صحیح هشام بن سالم عن ابی عبدالله فی رجل تزوج ذمیه علی مسلمه قال یفرق بینهما ویضرب ثمن حدالزانی اثنا عشر سوطا ونصفا فان رضیت المسلمه ضرب ثمن الحدولم یفرق بینهما قلت کیف یضرب النصف قال یوخذ السوط بالنصف فیضرب به .

وحیث ان السئوال فی الروایتین بناء علی الاتحاد (کما لایبعد) تزویج الذمیه علی المسلمه فلایحمل علی عدم القدره علی وطی المسلمه فاضطر الی تزویج الذمیه کما یدل علیه ایضا قوله ولم یستامرها فان الزواج کان بدون اذن من المسلمه فقط .

ومنها صحیح عبدالرحمن بن ابی عبدالله قال سالت ابا عبد الله (ع) هل للرجل ان یتزوج النصرانیه علی المسلمه والامه علی الحره فقال لا تزوج واحده منهما علی المسلمه وتزوج المسلمه علی الامه، وللمسلمه الثلثان وللامه والنصرانیه الثلث.

۶- ومنها مارواه ابومریم الانصاری قال سالت اباجعفر (ع) عن طعام اهل الکتاب ونکاحهم حلال هوقال نعم قدکانت تحت طلحه یهودیه.

۷- صحیح محمدبن مسلم عن ابیجعفر (ع) قال سالته عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال لاباءس اماعلمت انه کانت تحت طلحه بن عبیدالله یهودیه علی عهدالنبی.

۸- وصحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) فی حدیث قاللاینبغی للمسلم ان یتزوج یهودیه ولانصرانیه وهویجدمسلمه حره اوامه.

۹- وعن یونس عنهم علیهم السلام قال لاینبغی للمسلم المرسر ان یتزوج الامه الا ان لایجدحره وکذلک لاینبغی له ان یتزوجا مراه من اهل الکتاب الافی حال ضروره حیث لایجدمسلمه حره ولا امه.

بناء علی حمل لاینبغی فی الخبرین علی الکراهه وفی المرسر علی الکراهه الشدیده لاجل یساره وهذه الطائفه صارت سببا "للقول بالجواز فی حال الضروره کما هومذهب الشیخ فی النهایه وابن حمزه وابن البراج.

قال فی النهایه لایجوز للرجل المسلم ان یعقد علی المشرکات علی اختلاف اصنافهن یهودیه کانت اونصرانیه اوعابده وثن فان اضطر

الی العقد علیهن عقد علی الیهودیه والنصرانیه وذلک جایز عند الضروره ولاباء س ان یعقد علی هذین الحنسین عقد المتعه مع الاختیار انتهی.

وتبعه ابن حمزه وابن البراج، واسمعیل بن مرار فی سند الروایتین یمنع عن الاعتماد علیهما حتی یکون شاهدا" للجمع بین الطائفتین کما لایخفی .

١٠- ومنها ما عن حفص بن الغیاث قال کتب بعض اخوانی ان اساء ل ابا عبدالله عن مسائل فسالته عن الاسیر یتزوج فی دار الحرب فقال اکره ذلک فان فعل فی بلاد الروم فلیس هو بحرام هو نکاح واما فی الترک والدیلم والخزر فلا یحل له ذلک .

١١- ومنها عن المرتضی فی رساله المحکم والمتشابه نقلا" عن تفسیر النعمانی کما تقدم الاشاره الیه عن علی علیه السلام قال واما الایات التی نصفها منسوخ ونصفها متروک بحاله لم ینسخ وما جاء به من الرخصه فی العزیمه فقوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات حتی یوء من ولامه موء منه خیر من مشرکه ولو اعجبتکم ولا تنکحوا المشرکین حتی یومنوا ولعبد موء من خیر من مشرک ولو اعجبکم وذلک ان المسلمین کانوا ینکحون فی اهل الکتاب من الیهود والنصاری وینکحونهم حتی نزلت هذه الایه نهیا" عن ینکح المسلم من المشرک ان ینکحونه ثم قال فی سوره المائده ما نسخ هذه الایه فقال وطعام الذین اوتوا الکتاب حل لکم وطعامکم حل لهم والمحصنات من الموء منات والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب من قبلکم فاطلق الله

مناكحتهن بعدان كان نهي وترك قوله ولاتنكحوا المشركين حتى يومنوا على حاله لم ينسخه .

۱۲- ومنها صحيح عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله قال ساله ابي وانا اسمع عن نكاح اليهوديه والنصرانيه فقال نكاحهما احب الي من نكاح الناصبيه وما احب للرجل المسلم ان يتزوج اليهوديه ولاالنصرانيه مخافه ان يتهودولده اويتنصر .

۱۳- ومنها ما عن قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن ابي البختري عن جعفرعن ابيه عليهما السلام انه كره مناكحه اهل الحرب - ولايخفى شمولها حتى المجوسيه وغيرها من المشركين .

۱۴- ومنها صحيح زراره قال سالت اباجعفر (ع) عن نكاح اليهوديه والنصرانيه فق لايصلح للمسلم ان ينكح يهوديه و لا نصرانيه انمايحل منهن نكاح البله فان لايصلح قرينه على الكراهه والبله اقل كراهه .

۱۵- ومنها ما عن احمدبن محمدبن عيسى في نوادره عن الحسن بن محبوب عن معويه بن وهب والمتن ما تقدم .

۱۶- ومنها ما عن فقه الرضا (ع) ان تزوجت يهوديه اونصرانيه فامنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير واعلم ان عليك في دينك في تزويجك اياها غضاضه ولايجوز تزويج المجوسيه .

الي غير ذلك من الاخبار التي تدل على جواز المناكحه فالقول بالجواز بحسب الروايات اقوى الا ان الاصحاب من زمن المفيد والمرتضى والشيخ ادعوا الشهره والاجماع على عدم الجواز وقدعرفت

عدم صحه الاجماع مع مخالفه من تقدم والذی یقوی فی النفس هو ان المفید والشیخ مخصوصا جزما علی کون اهل الکتاب مشرکین فافتیا علی حرمه مناکحه اهل الکتاب بالایات الداله علی الحرمه بالشرک وقد عرفت انه اجتهاد منهما وتبعهما کثیر ممن تاخرعنهما خوفا" من الشهره! والاجماع نعم لوکان الفتوی منهم علی من ثبت شرکهم کالوثنیه فلابد من القول ببطلان مناکحتهم وانالهم باثباته ودونه خرط القتاد.

۱۷- ومنها ماروا‌ه ابوبصیر عن ابی عبدالله (ع) قال تزویج الیهودیه والنصرانیه افضل اوقال خیرمن تزویج الناصب والناصبه.

۱۸- ومنها خبرابی بصیرعن الصادق علیه‌السلام قال لاتتزوجوا الیهودیه ولاالنصرانیه علی حره متعه اوغیرمتعه .

ومنهاروایه محمدبن سنان عن الرضا قال سالته عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال لاباس فقلت فمجوسیه فقال لاباس به یعنی متعه بناء علی کون التفسیر من محمدبن سنان اوغیره .

***

(فی التمتع بالکتابیه)

امالتمتع بالکتابیه فعن المفید رحمه الله نکاحالکافره محرم سواء الیهودوالنصاری والمجوس واطلق النکاح مع انه قسمه اولا الی نکاحالمتعه والدایم وملک الیمین ومقتضی هذا تحریم الجمیع .

وقال الصدوق فی المقنع ولایتزوجالیهودیه والنصرانیه علی حره متعه وغیرمتعه .

وقال ابوالصلاح یجوزالتمتع بالیهودیه والنصرانیه دون من عداهما من ضروب الکفار ومقتضاه تحریم المجوسیه .

وعن السلارجوازنکاحالکتابیه تمتعا "وعن ابن ادریس نفی الباس عن متعه الیهودیه والنصرانیه فی حال الاختیارفاما من عدی هذین الجنسین من سایراصناف الکفارسواء کانت مجوسیه اوغیرها کافره اصل اومرتده اوکافره مله فلایجوزالعقد علیها ولاوطیئها حتی تتوب من کفرها .

وعن الشیخ فی النهایه یکره التمتع بالمجوسیه وتسویع التمتع بالیهودیه والنصرانیه حاله الاختیار .

وعن المفید فیالمقنعه عدم جوازالعقد علیالمجوسیه ورجع الشیخ عماذکره فی النهایه فی تبیانه وبعض اصحابنا بحصرالعقد علی الیهودیه والنصرانیه سواء کان العقدموجلا اودائما واستظهره .

وعن المبسوط انه قداجازاصحابناکلهم التمتع بالکتابیه

ووطئها بملک الیمین .

وقال العلامه فی المختلف بعد نقل کلامه وهذا یدل علی اضطرابه وعدم وقوفه علی حکم معین والمعتمد ماقاله فی النهایه انتهی .

وفی التحریر یشترط فی الزوجه ان یکون مسلمه اوکتابیه وفی المجوسیه اشکال ویمنعها من شرب الخمر واکل لحم الخنزیر واستعمال المحرمات ولایجوز التمتع بالوثنیه ولاالناصبه المعلنه بالعداوه کالخوارج ولایجوز للمسلمه ان تتمتع الا بالمسلم ولا للمومنه ان تتمتع بالمخالف ، فیدل علیه جمله من الاخبار .

کصحیحه زراره قال سمعته یقول لاباس ان یتزوج الیهودیه والنصرانیه متعه وعنده امراه .

٢- وصحیحه اسماعیل بن سعد الاشعری قال سالته عن الرجل یتمتع من الیهودیه والنصرانیه قال لاارى بذلک باءسا قال قلت فالمجوسیه قال اما المجوسیه فلا والاضمار فیها لایضر لکونهما من بطانه اصحاب الصادق والرضا علیهما السلام ولعل الاضمار لاجل التقیه اوکان الامر معلوما " .

٣- وروایه محمد بن سنان عن الرضا قال سالته عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال لاباس فقلت فمجوسیه فقال لاباس به یعنی متعه .

٤- وعن منصور الصیقل عن ابیعبدالله قال لاباس بالرجل ان یتمتع بالمجوسیه والجمع بینها وبین ماتقدم بحمل النهی فی المجوسیه علی الکراهه الشدیده وفی الیهودیه والنصرانیه علی الکراهه الخفیفه

۵- روایه الحسن التفلیسی قائل سالت الرضا (ع) ایتمتع من الیهودیه والنصرانیه فقال یتمتع من الحره المؤمنه احب الی وهی اعظم حرمه منها .

۶- وروایه ابی بصیر الظاهر فی الحرمه المحموله علی الکراهه عن ابیعبدالله قال لاتتزوجوا الیهودیه والنصرانیه علی حره متعه و غیرمتعه فان مقتضی الجمع بین الاخبار حمل بعضها علی بعض فیستفاد منها الجواز علی کراهه وکراهه شدیده فی البعض .

۷- وعن الحسن بن علی بن فضال عن بعض اصحابنا عن الصادق (ع) قال لاباءس ان یتمتع الرجل بالیهودیه والنصرانیه وعنده حره .

****

(فی بیان نکاح المجوسیه)

المسئله الثالثه فی حکم المجوسیه فعن الخلاف مسئله ۸۵ النکاح لایجوز مناکحته المجوس بلاخلاف الا اباثور فانه قال تحل مناکحته و غلطه اصحاب الشافعی وقال ابواسحق هذه مبنیه علی قولین هل هم اهل الکتاب ام لا فان قلنا هم اهل الکتاب وهوقول علی علیه السلام جازمناکحته وان قلنا هم لیسوا اهل الکتاب لم تحل قال ابوحامد الاسفراینی وهذا غلط جدا" دلیلنا انا قدبیننا ان جمیع من خالف الاسلام لاتجوزمناکحته فهذا الفرع ساقط عنا وما دللنا به فی المسئله الاولی یدل علی هذه المسئله.

والغرض من نقل کلامه قده بیان عدم کون المسئله اجماعیه فی زمنهم بل کانت اجتهادیه وانهم من فرق المشرکین وقدعدقده فی کتاب الجزیه، مسئله ۳ منه المجوس من اهل الکتاب فقال المجوس کان لهم کتاب ثم رفع عنهم وهو اصح قولی الشافعی وله قول آخر انه لم یکن لهم کتاب وبه قال ابوحنیفه دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم ورواه عن علی علیه الصلوه والسلام انه قال کان لهم کتاب احرقوه ونبی قتلوه فثبت انهم اهل الکتاب فالصریح منه قیام الاجماع علی کونهم اهل الکتاب وحکمهم حکم النصاری والیهود المبین فیما سبق فی الایه والروایات.

وعن ابن رشدفی باب الجزیه فاما من یجوزاخذ الجزیه منه فان العلماء مجمعون علی انه یجوزاخذها من اهل الکتاب العجم ومن المجوس کما تقدم واختلفوا فی اخذها ممن لاکتاب له وفیمن هو من

اهل الکتاب من العرب بعد اتفاقهم فیما حکی عن بعضهم انه لاتوخذ من قرشی کتابی وقدتقدمت هذه المسئله .

وعن الصدوق فی المقنع بعدنفی الباس عن تزویج النصرانیه والیهودیه قال وتزویج المجوسه محرم ولکن اذاکان للرجل امه مجوسیه فلا باس ان یطاها ویعزل عنها ولایطلب ولدها .

وعن المبسوط ومن لهم شبهه کتاب وهم المجوس قال قوم هم اهل الکتاب کان لهم کتاب ثم نسخ ورفع من بین اظهرهم وقال الاخرون ماکان لهم کتاب اصلا فغلب التحریم انتهی .

وعن المفید نکاح الکافره محرم بسبب کفرها سواء کانت عابده وثن اومجوسیته اویهودیه اونصرانیه قال الله عزوجل ولاتنکحوا المشرکات حتی یوء من وقال فی باب العقد علی الاماء وینکح بملک الیمین الیهودیه والنصرانیه ولایجوز له ذلک بعقد صحیح ولایجوز وطی المجوسیه والصائبه والوثنیه علی کل حال انتهی .

وعن السرائر بعد نفی الباس عن وطی الیهودیه والنصرانیه بملک الیمین ولایجوز وطی المجوسیه علی کل حال وکذا الصابیات حرام وطئهن بالعقود وملک الایمان ـ فهما کماتری یخالف ماافتی به الصدوق من جواز الوطی بملک الیمین .

وقال سلار ومن الشرائط ان یکون مومنه اومستضعفه" فان کانت ذمیه او مجوسیه اومعانده لم یحل نکاحها غبطه لان الکفائه فی الدین مراعاه عندنا فی صحه العقد فاما عقد المتعه والاماء فجایز فی الذمیات خاصه دون المجوسیه انتهی .

وعن ابی الصلاح منع نکاح الکافره حتی تسلم وان اختلف جهات کفرها وسوغ التمتع بالیهودیه والنصرانیه دون من عداهما من ضروب الکفار.

وعن ابن البراج حرمه العقد علی المشرکه عابده وثنا ویهودیه اومجوسیته اوغیر ذلک علی اختلافهم فی المشرک الاعند الضروره الشدیده فانه ان کان کذلک جاز ان یعقد علی الیهودیه والنصرانیه دون الباقین فان العقد علیهن یحرم علی کل حال ویجوز عقد المتعه علی الیهودیه والنصرانیه ایضا دون غیرها من المشرکات.

وعن ابن حمزه لایصح العقد لموٴمن علی کافره ویجوز للموٴمن ان یتمتع الیهودیه والنصرانیه مختارا وعقد نکاح غبطه، مضطرا" ویکون وطی المجوسیه بملک الیمین وعقد المتعه علیها.

وعن ابن ادریس بعد کلام طویل وقد روی روایه شاذه انه یکره وطی المجوسیه بملک الیمین وعقد متعه ولیس ذلک بمحذور اوردها شیخنا فی نهایته ایرادا" لا اعتقادا ورجع عن ذلک فی کتاب التبیان فی قوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات الخ فانه قالوا ما المجوسیته فلایجوز نکاحها اجماعا ویمکن حمل کلامه علی صوره الدوام دون المتعه.

وعن العلامه فی التحریر لایجوز للمسلم نکاح غیر الکتابیات من سایر اصناف الکفار سواء کان بعقد دوام اومتعه اوملک یمین بلا خلاف اما الکتابیات من الیهود والنصاری والمجوس فالمشهور تحریمهن بالعقد الدائم واما فی المتعه وملک الیمین فروایتان اقربهما الجواز علی اشکال فی المجوسیه هذا فی الابتداء ویجوز فی

فی الکتابیات استدامه کان یسلم الذمی وعنده کتابیه فانه یستدیم نکاحها ثم قال الیهود لهم کتاب التوراه والنصاری لهم کتاب الانجیل اما المجوس فقیل کان لهم کتاب ثم نسخ ورفع من بین اظهرهم فلهم شبهه کتاب فلحقوا بالکتابیین فی احکامهم اما السامره فهم قوم من الیهود یخالفونهم فی بعض الفروع فحکمهم حکم اهل الذمه وقیل لیسوا منهم فحکمهم فی حکم الحربیین اما الصائبون فقیل هم نصاری وقیل انهم یخالفونهم فی الاصول ویقولون ان الفلک ناطق ویعبدون الکواکب فحکمهم حکم الحربیین ایضا واما من له کتاب غیر التوراه والانجیل من الکفار فحکمهم حکم الحربی ایضا وذلک مثل صحف ابراهیم وزبور داود واما من انتقل الی دین اهل الکتاب فان کان بعد النسخ کانوا بحکم الحربیین ایضا وان کان قبله فحکمهم حکم اهل الذمه انتهی .

وعن الشهید فی الروضه وانما جعلنا المجوسیه من اقسام الکتابیه مع انها مغایره لها وان لحقت بها فی الحکم لدعواه (ای المصنف) الاجماع علی تحریم نکاح من عداها مع وقوع الخلاف فی المجوسیه فلولا تغلیبه (ای المصنف) الاسم علیها لدخلت فی المجمع علی تحریمه ووجه اطلاقه علیها ان لها شبهه کتاب صح بسببه التجوز والمشهور بین المتاخرین ان حکمها حکمها فناسب الاطلاق انتهی.

لکنه قال فی المسالک بعد تمام البحث فی الیهود والنصاری بقی الکلام فی المجوسیه فان الظاهر عدم دخولها فی اهل الکتاب لقول النبی صلی الله علیه وآله سنوا بهم سنه اهل الکتاب فان فیه

ایماء الی انهم لیسوا منهم ولذلک قیل انهم ممن لهم شبهته کتاب وقدروی انهم حرقوا کتابهم فرفع وایضا فلا یلزم ان یسن بهم سنتهم فی جمیع الاحکام وظاهر الروایه کونه فی الجزیه ویویده انهم رووا فیها ایضا غیر ناکحی نسائهم ولا کلی ذبائحهم فیضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض والروایه عامیه انتهی .

وعن الشیخ فی المبسوط ومن له شبهته کتاب وهم المجوس قال قوم هم اهل الکتاب کان لهم کتاب ثم نسخ ورفع من بین اظهرهم وقال آخرون ماکان لهم کتاب اصلا وغلب التحریم فقیل علی القولین یحقن دمائهم ببذل الجزیه وتحریم مناکحهم وذبائحهم بلا خلاف وقد اختار اصحابنا کلهم . التمتع بالکتابیه ووطئها بملک الیمین وروا رخصته فی التمتع بالمجوسیه انتهی .

(فی بیان انهم اهل الکتاب)

ومن الروایات مافیها داله علی کون المجوس من اهل الکتاب کروایه ابی یحیی الواسطی عن بعض اصحابنا قال سال ابوعبدالله عن المجوس اکان لهم نبی فقال نعم اما بلغک کتاب رسول الله الی اهل مکه اسلموا والا نابذتکم بحرب فکتبوا الی النبی ان خذمنا الجزیه ودعنا علی عباده الاوثان فکتب الیهم النبی (ص) انی لست اخذ الجزیه الامن اهل الکتاب فکتبوا الیه یریدون بذلک تکذیبه زعمت انک لاتاخذ الجزیه الامن اهل الکتاب ثم اخذت الجزیه من مجوس هجر فکتب الیهم رسول الله (ص) ان المجوس کان لهم نبی

فقتلوه وکتاب احر قوه اتاهم نبیهم بکتابهم فی اثنی عشر الف جلدثور- رواه الشیخ فی التهذیب والکلینی فی الکافی لکنها ضعیفه السند من جهته الارسال وعدم وثاقه ابی یحی الواسطی بل حدیثه یقبل تاره وینکر اخری - راجع کتاب جهاد الوسائل باب ۴۸-

وروایه محمدبن الحسن باسناده عن احمدبن محمدعن ابی یحیی الواسطی قال سئل ابوعبدالله عن المجوس فقال کان لهم نبی قتلوه وکتاب احرقوه اتاهم نبیهم بکتابهم فی اثنی عشرالف جلدثوروکان یقال له جاماست .

وروایه محمدبن علی بن الحسین قال المجوس توخذ منهم الجزیه لان النبی(ع) قال سنوابهم سنته اهل الکتاب وکان لهم نبی اسمه واماست فقتلوه وکتاب یقال له جاماست کان یقع فی اثنی عشرالف جلد ثور فحرقوه (۱).

وروایه الاصبغ بن نباته ان علیا " قال علی المنبرسلونی قبل ان تفقدونی فقام الیه الاشعث فقال یا امیرالموء منین کیف یوخذ الجزیه من المجوس ولم ینزل علیهم ولم یبعث الیهم نبی فقال بلی یا اشعث قدانزل الله علیهم کتابا وبعث الیهم نبیا " الحدیث .

محمدبن محمدالمفید فی المقنعه عن امیرالموء منین(ع) انه قال المجوس انما الحقوا بالیهودوالنصاری فی الجزیه والدیات لانه قد کان لهم کتاب فیما مضی .

وروایه علی بن دعبل اخی دعبل بن علی عن علی بن موسی الرضا (ع)

۱- راجع الوسائل باب ۴۸ من الجهاد.

عن ابیه عن ابائه عن علی بن الحسین(ع) ان رسول الله (ص) قال سنوابهم سنته اهل الکتاب یعنی المجوس .

وفی المستدرک روایات منها ما عن دعائم الاسلام عن امیرالمومنین علیه السلام المجوس اهل الکتاب الا انه اندرس امرهم وذکرقصتهم فقال یوخذ الجزیه منهم .

وخبرالاختصاص ، یقرب من روایه الاصبغ .

وعلی خلافها ایضا روایات اخر تدل علی عدم کونهم من اهل الکتاب کصحیحه عبداله بن هلال عن ابی عبدالله قال سالته عن مضائره المجوسیه قال لا ولکن اهل الکتاب وغیرذلک الا انها لاتقاوم ماتقدم مع ان الروایه بصدد بیان حکم اخروهوالجواز من اهل الکتاب الی النصاری والیهودفلا ینافی کون المجوس ایضا منهم مع حرمه اخذالمجوسیه ضئرا " للصبی، والاشاره الی المعروفین بهذا العنوان لا ان المجوس فی الواقع ایضا لیس لهم کتاب .

وعن مجمع البیان فی تفسیر قوله تعالی حتی یوتوا الجزیه عن یدوهم صاغرون قال اصحابنا ان المجوس حکمهم حکم الیهود والنصاری .

وفی الدرالمنثور الجزء الثالث ص ۲۲۸ اخرج ابن ابی شیبه عن الزهری رضی اله عنه قال اخذرسول الله (ص) الجزیه من مجوس اهل هجرومن یهوداليمن ونصاراهم من کل مالهم دینارواخرج ابن ابی سنیه عن بجاله قال لم یاخذ عمرالجزیه من المجوس حتی شهد عبدالرحمن بن عوف ان رسول الله صلی الله علیه وسلم اخذها من مجوس هجرواخرج ابن ابی شیبه عن الحسن بن محمدبن علی رضی الله

عنهم قال کتب رسول الله صلی الله علیه وسلم الی مجوس هجر یعرض علیهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن ابی ضربت علیهم الجزیه حتی ان لاتوکل لهم ذبیحه ولاینکح منهم امراه ویمکن ان یکون حتی غایه لاخذ الجزیه فبعد الاخذ یحل النکاح والذبیحه کما یدل علیه قول ابن عباس من ان نساء اهل الکتاب من یحل لنا ومنهم من لایحل لنا وتلی قاتلوا الذین لایومنون الایه فمن اعطی الجزیه حل لنا نسائه ومن لم یعط الجزیه لم یحل لنا نسائه در المنثور ۲۲۹ جزو ۳ .

واخرج مالک والشافعی وابوعبید فی کتاب الاموال وابن ابی شیبه عن جعفر عن ابیه علیهما السلام ان عمر بن الخطاب استشار الناس فی المجوس فی الجزیه فقال عبدالرحمن بن عوف سمعت رسول الله (ص) یقول سنوا بهم سنته اهل الکتاب واخرج عبدالرزاق فی المصنف عن علی بن طاب رضی الله عنه انه سئل عن اخذ الجزیه من المجوس فقال والله ما علی الارض الیوم احدا علم بذلک منی ان المجوس کانوا اهل کتاب یعرفونه وعلم یدرسونه فشرب امیرهم الخمر فسکر فوقع علی اخته فراه نفر من المسلمین فلما اصبح قالت اخته انک قد صنعت بها کذا وکذا وقد راک نفر لایسترون علیک فدعا اهل الطمع فاعطاهم ثم قال لهم قد علمتم ان ادم علیه السلام قد انکح بنیه بناته فجاء اولئک الذین راء وه فقالوا ویل للابعدان فی ظهرک حد الله فقتلهم اولئک الذین کانوا عنده ثم جائت امراه فقالت له بلی قد رایتک فقال لها ویحا " لبغی بنی فلان قالت اجل والله لقد

کانت بغیته ثم تابت فقتلها ثم اسری علی ما فی قلوبهم و علی کتبهم فلم یصح عندهم شی - وروی الشافعی باسناده الی فروه بن نوفل الاشجعی مایقرب من ذلک راجع المنتهی کتاب الجهاد.

والغرض من ذلک کله الرد علی ابی حنیفه واحمد حیث قالا بان المجوس لا کتاب لهم لقوله علیه السلام سنوا بهم سنه اهل الکتاب - فان الظاهر من الخبر انهم فی زمره اهل الکتاب ویوید خروجهم من زمره المشرکین ایضا قوله تعالی ان الذین آمنوا والذین هادوا والصائبین والنصاری والمجوس والذین اشرکوا ان الله یفصل بینهم یوم القیمه ان الله علی کل شیی قدیر - فان الظاهر منها ان المشرکین فی اصطلاح القرآن غیر الطوائف المذکوره وبینهم فصل کما یفصل تعالی بینهم یوم القیمه فبعد ثبوت کونهم اهل الکتاب یشملهم قوله تعالی والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب اللهم الا ان یدعی ان المراد من اهل الکتاب فی اصطلاح القرآن هم الیهود والنصاری لیس الا فیکون ادله الحرمه محکمه ومن الادله الخاصه علی المنع .

صحیحه اسمعیل بن سعد الاشعری قال سالته عن الرجل یتمتع من الیهودیه والنصرانیه قال لا اری بذلک باءسا قال قلت فالمجوسیه قال اما المجوسیه فلا، حمله الشیخ علی الکراهه فی غیر وقت الضروره بقرنیه روایه محمد بن سنان عن الرضا قال سالته عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال لا باءس فقلت فمجوسیه فقال لا باس به یعنی متعه - ویحتمل ان یکون التفسیر من الراوی فکانه فهم منه

مرادالامام اوفسره بذلك لمكان الاجتها دوالشهره .

وروايه منصورالصيقل عن ابى عبدالله قال لاباءس بالرجل ان يتمتع المجوسيه - فهما قرينتان على حمل النهى على الكراهه .

ومن الروايات المانعه صحيحه محمدبن مسلم قال سالت اباجعفر (ع) عن الرجل المسلم ايتزوج المجوسيه قال لاولكن اذاكان له امه مجوسيه فلا باس ان يطاها ويعزل عنها ولايطلب ولدها .

فالمستفادمنها الجواز بملك اليمين كماافتى بمضمونه الصدوق فيماقدمناه من المقنع واما اطلاق الصدر فيرفع اليدعنه بقرينه ما دلت على الجواز في التمتع بل لولاالاجماع والشهره المحققه بين المتاخرين - لكان القول بالحاقهم باهل الكتاب مطلقا حقيقا" لكن الاجماع والشهره يمنعان من ذلك وصحيحه محمدبن مسلم هى المحكمه في الدائمه .

****

امالسامره فهم قوم من اليهودويخالفونهم في بعض الفروع واما الصائبون فقيل هم نصارى الى اخر، (ذكرناه سابقا عين عبارة التحرير) .

والسامره على ماقيل قوم من اليهود يسكنون بيت المقدس وقرايا من اعمال مصر يتقشفون في الطهاره اكثرمن سائراليهود واثبتوا نبوه موسى وهرون ويوشع وانكرواالنبوه من بعدهم راءسا الانبيا " واحدا " وقالوالتوراه انمابشرت بنبي واحديأتي بعدموسى يصدق مابين يديه من التوراه ويحكم بحكمها ولايخالفهاالبته و قبلتهم الطور الذي كلم الله تعالى عليه موسى وقالواان اللەتعالى امرداودان يبني عليه بيت المقدس فخلف وظلمه فبناه بايليا .

وفي مصباح المنير فالسامره فرقه من اليهود وتخالفه في اكثر الاحكام ونحوذلك نقل العلامه في القواعدومع ذلك كله لم يعلم لنا حالهم ومحلهم وكيفيه مذهبهم فان كانوافرقه من اليهودفهم في حكمهم والافلا .

واماالصائبون فقال الفيومي في المصباح وصبا من الدين يصبا " مهموز بفتحتين خرج، فهوصابي ثم جعل هذااللقب علما "على طائفه من الكفار يقال انها تعبدالكواكب في الباطن وينسب الى النصرانيه وهم الصائبه تنصب يدعون انهم على دين صابي بن شيث بن آدم ويجوز التخفيف فيقال الصابون .

وقال في القاموس والصابئون يزعمون انهم على دين نوح (ع) وقبلتهم من مهب الشمال عندمنتصف النهار .

وقال فی الصحاح هم جنس من اهل الکتاب ونقل العلامه فی التذکره کتاب الجهاد .

قال ابن الجنید من علمائنا الصابیون توخذ منهم الجزیه و یقرون علیها کالیهود والنصاری وهو احد قولی الشافعی بناء علی انهم من اهل الکتاب وانما یخالفونهم فی فروع المسائل لافی اصولها وقال احمد انها جنس من النصاری وقال ایضا انهم یصبون فهم من الیهود وقال مجاهد انهم من النصاری وقال السدی انهم من اهل الکتاب وکذا السامره ومتی کانوکذلک قبلت منهم الجزیه وقد قیل عنهم انهم یقولون ان الفلک حی ناطق وان الکواکب السبعه السیاره الهه ومتی کان کذالک لم یقرون علی دینهم الجزیه . یه .

وقال المفید وقد اختلف فقهاء العامه فی الصابئین ومن ضارعهم فی الکفر سوی ما ذکرناه من الثلاثه الاصناف فقال مالک وانس والاوزاعی کل دین بعد الاسلام سوی الیهود والنصرانیه فهو مجوسیته وحکم اهله حکم المجوس وروی عن عمر بن عبدالعزیز انه قال الصائبون مجوس وقال الشافعی وجماعه من اهل العراق ان حکمهم کله المجوس وقال بعض اهل العراق حکمهم حکم النصاری فاما نحن فلانجاوز بایجاب الجزیه حکم المحوس ، الی ان قال ولو خلینا والقیاس لکانت الماموینه والمزدقیه والدیصانیه عندی بالمجوس اولی من الصائبین لانهم یذهبون فی اصولهم مذاهب تقارب المجوسیه وتکاد تختلط بها واما المرقونیه والماهانیته فانهم الی النصرانیه اقرب من المجوسیه لقولهم فی الروح والکلمه والابن بقول النصاری وان

کانو یوافقون الثنویه فی اصول اخرواما الکینونیه فقولهم یقرب من النصرانیه لامثلهم فی التثلیث وان کان اکثره الخ ماذکره فی کلام طویل لکن مع ذلک کله لایطمئن النفس بهذه التخمینات انکونهم من ای الفرق فلا بدفیهم الاحتیاط .

(فی انهم لیسوا علی دین النصاری ولا الیهود)

وفی مجمع البیان ج١ ص ١٢٦ قال مجاهدوالحسن الصائبون بین الیهودوالمجوس لادین لهم وقال السدی هم طائفه من اهل الکتاب یقرئون الزبور وقال الخلیل هم قوم دینهم شبیه بدین النصاری الا ان قبلتهم نحومهب الجنوب حیال منتصف النهار یزعمون انهم علی دین نوح وقال ابن زیدهم اهل دین من الادیان کانوا بالجزیره جزیره الموصل یقولون لااله الاالله ولم یومنوا برسول الله فمناجل ذلک کان المشرکون یقولون للنبی ولاصحابه هولاء الصائبون یشبهونهم بهم وقال اخرون هم طائفه من اهل الکتاب والفقهاء باجمعهم یجیزون اخذ" الجزیه منهم وعندنا لایجوز ذلک لانهم لیسوا باهل کتاب انتهی فانت تری الاختلاف الموجود بین کلتهم فکیف یطمئن النفس بواحدمن الاقوال .

وعن الخلاف مسئله ۴ کتاب الجزیه الصائبه لایوخذمنهم الجزیه ولایقرون علی دینهم وبه قال ابوسعیدالاصطخری وقال باقی الفقهاء انه یوخذ منهم الجزیه دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم وایضا قوله تعالی اقتلوا المشرکین حیث وجدتموهم وقال اذالقیتم الذین کفروا

فضرب الرقاب ولم یامر باخذ الجزیه منهم وایضا قوله تعالی قاتلوا الذین لایومنون بالله الی قوله من الذین اوتوا الکتاب حتی یعطوا الجزیه عن یدوهم صاغرون فشرط فی اخذ الجزیه ان یکونوا من اهل الکتاب وهولاء لیسوا باهل الکتاب انتهی .

ولعل المراد من الاخبار هی التی تدل علی اخذ الجزیه من الاصناف الثلاثه وانهم لیسوا منهم والا فلیس علی الظاهر روایه خاصه تدل علی عدم کونهم منهم .

وعن القواعد الاصل فی الباب انهم ای السامره والصابئین ان کانوا انما یخالفون القبلتین فی فروع الدین فهم منهم وان خالفوهم فی اصله فهم ملحده لهم حکم الحربیین .

وفی کشف اللثام بهذا یمکن الجمع بین القولین لجواز ان یعدوا منهم وان خالفوهم لبعض الاصول کما یعد کثیر من الفرق من المسلمین مع المخالفه فی الاصول بل الامر کذلک فی غیر الامامیته وقد قیل انه لاکلام فی عدهما من القبیلتین وانما الکلام فی الاحکام .

وعن الجواهر بعد نقل کلام کاشف اللثام لاینبغی الکلام فی الاحکام بعد فرض انهم من القبیلتین ای الیهود والنصاری ضروره تعلیق الاحکام فی النص والفتوی علی المسلمین بهذا الاسم الذی یشملهم اهل الکتاب فمع فرض الانتحال جرت علیهم الاحکام انتهی .

والعمده فی المقام اثبات انهم من ای الفرق والا فالحکم کما ذکره صاحب الجواهر انما تعلق بالعنوان ولیس لنا دلیل علی الاثبات وانهم من المجوس او الیهود والنصاری اومن ای الفرق فلا بد معهم من معامله غیر اهل الکتاب . *****

(فی حکم الکتابی اذا انتقل الی دین لایقر علیه)

قال الشیخ فی الخلاف مسئله ۱۰۳ النکاح اذا کانت عنده یهودیه او نصرانیه فانتقلت الی دین لایقر علیه اهله لم یقبل منها الا الاسلام او الدین الذی خرجت منه وللشافعی فیه ثلاثه اقوال احدها مثل ماقلناه والثانی لایقبل منها الا الاسلام والثالث یقبل منها کل دین یقر اهله علیه وحکم نکاحها ان کان لم یدخل بها وقع الفسخ فی الحال وان کان بعده وقف علی انقضاء العده دلیلنا ان ماذکرناه مجمع علیه وماادعوه لیس علیه دلیل .

وقال فی مسئله ۱۰۴ اذا انتقلت الی دین یقر علیه اهله مثل ان انتقلت الی الیهودیه او النصرانیه انکانت مجوسیه اوکانت وثنیته فانتقلت الی الیهودیه او النصرانیه اقررناها علیه وللشافعی فیه قولان احدهما مثل ماقلناه والاخر لایقرون علیه فاذا قال یقرون فلا کلام واذا قال لایقرون ماالذی یفعل بها علی قولین احدهما لایقبل غیر الاسلام والثانی یقبل الا سلام اوالدین الذی کانت علیه لا غیر فاذا قال تقر علی ماانتقلت الیه فانکانت مجوسیه اقرت فی حقها دون النکاح فان کان قبل الدخول وقع الفسخ فی الحال وانکان بعده وقف علی انقضاء العده وانکانت یهودیه اونصرانیه فانها تقر علی النکاح وان قال لاتقر علی ماانتقلت الیه فهی مرتده فانکان قبل الدخول وقع الفسخ فی الحال وانکان بعده وقف علی انقضاء العده دلیلنا ان ماذکرناه مجمع علیه وماادعاه لیس علیه دلیل

وایضا الاصل بقاء العقد والحکم بفسخه فی الحال اوفیها بعد یحتاج الی دلیل - وقد استدل فی کتاب الجزیه فی مسئله ۱۹ بعد نقل قول الشافعی بقوله علیه السلام بل الکفر مله واحده بدلا له انه یرث بعضهم من بعض وان اختلفوا وعلیه اجماع الفرقه انتهی .

وعن ابن الجنید انه اذا انتقل بعض اهل الذمه من دینه الی دین آخروالجزیه جایز قبولها من اهل الدین الذی انتقل الیه کما هوجایز قبولها ممن انتقل عنه جازاقراره علی ذلک فان لم یکن یجوز اقراره علیه لم یقرولا بیح الرجوع الی مایجوزاقراره علیه من دین اهل الکتاب ولا الی دینه الاول لانه بدخوله فیما لا یجوز اقراره علیه فقداباح دمه وصار حکمه حکم المرتد الذی لایقبل منه غیرالاسلام انتهی - فهو مخالف الشیخ فی عدم جواز رجوعه الی دینه الاول والشیخ یبیح ذلک فی الخلاف نعم هوقائل بعدم الرجوع الی دین آخر غیردینه الاول کما اذا اراد من کان نصرانیا " بعدرجوعه الی المجوسیته - الرجوع الی الیهودیه مثلا وابن الجنید ینکر ذلک ایضا ویقول بعدم قبول شیی منه الا الاسلام نعم هما اتفقا علی الاقرار اذا انتقل من الیهودیه مثلا الی النصرانیه والاجماع المدعی فی الخلاف موهون بعد ترده فی المبسوط فلایمکن الاخذ به کما صنعه العلامه فی المختلف لان الاجماع الذی حاله علی هذا المنوال لایمکن الاخذ به مع کون المبسوط متاخرا " عن الخلاف .

وفی جهاد الشرایع کل ذمی انتقل عن دینه الی دین لایقرا هله علیه لایقبل منه الا الاسلام اوالقتل امالوانتقل الی دین یقرا هله

کالیهودی ینقل الی النصرانیه والمجوسیه قیل یقبل لان الکفر مله واحده وقیل لالقوله تعالی ومن یبتغ غیرالاسلام دینا فلن یقبلمنه ـ وان عاد الی دینه قیل یقبل وقیل لاوهوالاشبه ولواصرفقتل وهل یملک اطفاله قیل لاستصحابا لحالتهم الاولی . فهو ایضا یخالف الشیخ فی الرجوع الی دینه الاول

وعن العلامه فی التذکره وفی التحریر اذا انتقل ذمی یقبل منه الجزیه الی دین یقراهله علیه بالجزیه کالیهودی نصرانیا" اوبالعکس اومجوسیا" اوالنصرانی مجوسیا وبالعکس قال ابن الجنید یجوز ذلک ویقر علیه بالجزیه وقال الشیخ الذی یقتضه المذهب ان الکفر کالمله الواحده ولوقیل انه لایقرعلیه کان قویا وذلک یدل علی تردده فی المسئله قال فاذاقلنا یقروانتقل اقرعلی جمیع احکامه وان انتقل الی المجوسیه فکذلک وقال ایضا اذا انتقل الی دین یقراهله علیه فلابحث مع القول بالاقراروان قلنا لایقرفبای شیی یطالب منهم من یقول یطالب بالاسلام خاصه ومنهم من یقول یطالب بالاسلام اوبدینه الاول وترددالشیخ هنا ـ وقال ایضا اذاانتقل الی دین لایقر علیه اهله کالیهودی یصیروثنیا" لایقرعلیه اجماعا" وقوی الشیخ انه لایقبل منه الا الاسلام وقیل یطالب بالاسلام اوبالرجوع الی دینه الاول وقیل اودین یقر اهله علیه واستضعفه الشیخ وابن الجنید انتهی وقریب منه مافی التذکره والمنتهی

ودلیل الشیخ فی المبسوط علی عدم القبول قوله تعالی ومن یبتغ غیرالاسلام دینا فلن یقبل منه وقوله علیه السلام من بدل دینه

فاقتلوه وذلك عام الامن اخرجه الدليل وقدعرفت دعواه الاجماع على تسويغ الاقرار واختاره العلامه في المختلف فكيف كان فالمسئله ايضا اجتهاديه والقواعدتقتضي عدم القبول مطلقا .

وقال في المسالك في وجه عدم القبول بعدعموم الايه ولا يلزم من جوازاستدامته جوازابتدائه لمعارضه الايه للثاني دون الاول ولان الاستدامه اقوى من الابتداء فلا يلزم من تاثيرالقوى في الاقرار تاثيرالضعيف فيه .

وعن العلامه في المختلف قبول قول الشيخ في الخلاف بادعاء الاجماع عليه واما اذا تهودا وتنصر قبل البعثه فالسيره الجاريه بين المسلمين قبول دينهم مطلقا " من غير فرق بين الدين المبدل او القديم نعم اذا علم التهود بعد بعث عيسى عليه السلام فالاقوى عدم القبول .

وفي القواعد ان كان الانتقال قبل المبعث وقبل التبديل قبل واقراولادهم عليه وثبت لهم حرمه اهل الكتاب وهل التهود بعد مبعث عيسى كهو بعد مبعث النبي فيه اشكال وان كان بينهما فان انتقل الى دين من بدل لم يقبل والاقبل ولواشكل هل انتقلوا قبل التبديل او بعده او علم واشكل هل دخلوا في دين من بدله اولا فالاقرب اجرائهم مجرى الكتابيين انتهى .

والحق ان يقال ان دين عيسى عليه السلام بدل بعده بزمن قصير لايبلغ خمسين سنه على ماقررناه في رساله مفرده حول الاناجيل ويدل عليه الروايه الوارده في عيون الاخبار عن الرضا عليه السلام

حول فقدانجیل عیسی (ع) وان العلماء الاربعه وهم متی ومرقا بوس ولوقا ویوحنا وضعوا انجیلا" آخر غیرالانجیل الاول وفی روایه وارده فی حق الیقین ان الپولس غیر دینهم فمع صحه ماذکرناه لا یبقی ریب فی ان دینهم بدل بعد زمان عیسی وان النصاری فی ارجاء العالم انما اختاروا التنصر بعدالتبدیل مع معامله المسلمین من الزمن الاول معهم معامله النصاری من غیر سئوال وتفتیش عن احوالهم نعم التهود بعدالعیسی کالتنصر بعدالمبعث .

واما اذاتهودا وتنصر بعدالمبعث ای اختاروا احدا" من ادیان اهل الکتاب فالظاهر عدم قبول شیی منهما لا لاسلام للایه المتقدمه بل قیل بعدم الخلاف بل ادعاء الاجماع علیه .

قال فی التذکره توخذالجزیه ممن دخل فی دینهم من الکفار انکانوا قد دخلوا فیه قبل النسخ والتبدیل ومن نسله و ذراریه ویقرون بالجزیه ولوولد بعدالنسخ ، ولو دخلوافی دینهم بعد النسخ فلم یقبل منهم الا لاسلام ولا توخذ منهم الجزیه عندعلمائنا.

وبه قال الشافعی لقومه علیه السلام من بدل دینه قاتلوه ولانه ابتغی دینا غیرالاسلام فلا یقبل منه لقوله تعالی ومن یبتغ غیر الاسلام دینا فلن یقبل منه .

وقال المزنی یقر علی دینه وتقبل منه الجزیه مطلقا لقوله تعالی ومن یتولهم منکم فانه منهم.

والمرادالمشارکه فی الاثم والکفردون اقراره علی عقیدته ولافرق بین ان یکون المنتقل الی دینهم ابن کتابیین او ابن

وثنیین اوابن کتابی ووثنی فی التفصیل الذی فصلناه .

ولوولد بین ابوین احدهما توخذ منه الجزیه والاخرلاتوخذففی قبول الجزیه منه تردد، وقریب منه ما فی المنتهی .

وفی التذکره ایضا ولوغزا الامام قوما فادعوا انهما هل الکتاب سالهم فان قالوا دخلنا قبل نزول القرآن قبل منهمالجزیه وان ظهر منهم الکذب انتقض عهدهم ووجب قتالهم .

فمنه یظهرایضا ان الواجب عدم قبول شیی منهم غیرالاسلام وخالف الشیخ فی الکتابی المنتقل الی دین یقر علیه لافی مطلق من اختاراحدا" من الادیان المنسوخه ـ فمن اختار بعدالاسلام التنصر اوالتهود بعدمالم یکن له دین اوکان ولکن لم یقرعلیه ـ لم یقبل منه الا لاسلام ولایستفادمن کلامالشیخ خلافه اصلا ـ الا ان کلما تهم واستدلالاتهم فی المسئله مختلفه ومشوشته بحیث یستدلون بشیی لایلائم عنوان المسئله .

ثم انه اذا ادعی احدواحدا" من الادیان الباطله فالظاهرهو الاخذ باقراره من غیرحاجه الی العلم بالتواتراوالشیاع ومایقوم مقامه من شهاده العدلین .

فمااحتمله فی جامع المقاصد خلاف ما علیه من السیره الثابته بین المسلمین من قبول الاقرار کاقرارواحدبالاسلام اوبفرقه خاصه منه من غیرتردد فی ذلک .

وکیف کان فالعمده فی المقام هوالقول بالانفساخ ولم یدل دلیل علیه وعدم قبول الدین اعم من ذلک فلا ینافی بقاء النکاح

وهوالعمده فی المقام کماسیاتی الاشاره الیه فی انتقال زوجه الذمی الی غیر دینها والمختار فیه عدم انفساخ النکاحا ذاکان الدین المنتقل الیه مما یقر علیه فی الاسلام ظ

+****

(فی بیان حکم المرتـــد)

ولو ارتد احد الزوجین قبل الدخول وقع الفسخ فی الحال و سقـط المهر ان کان من المراه ونصفه ان کان من الرجل ولو وقـع بعد الدخول وقف الفسخ علی انقضاء العده من ایهما کان ولایسقط شیی من المهر لاستقراره بالدخول وان کان الزوج ولد علی الفطره فارتد انفسخ النکاح فی الحال ولو کان بعد الدخول لانه لایقبل عوده انتهی.

والمراد من ارتداد احد الزوجین(فی کلام الاصحاب هو کونهما مسلمین قبل الارتداد لا ان یکون احدهما مسلما والاخر نصرانیا "مثلا بدلیل عطف جمله من الاصحاب ارتداد کلیهما علی ارتداد واحد منهما کما سیاتی التنبه علیه

ثم ان الظاهر من الاصحاب عدم الفرق فی الفسخ بین ارتداد الرجل والمرئه اوهما معا" بین کونه عن فطره اوعن مله اذا کان قبل الدخول .

فعن نکاح الخلاف المرتد علی ضربین مرتد عن فطره الاسـلام فهذا یجب قتله وتبین امراته فی الحال وعلیها عده المتوفی عنها زوجها والاخر من کان اسلم عن کفر ثم ارتد وقد دخل فان الفسخ یقف علی انقضاء العده فان رجع فی العده الی الاسلام فهما علی النکاح وان لم یرجع حتی انقضت العده وقع الفسخ بالارتداد وبه قال الشافعی الا انه لم یقسم المرتد.

وقال ابوحنیفه یقع الفسخ فی الحال ولایقف علی انقضاء العده

ولم یفصل ایضا دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم انتهی .

وقریب منه ما فی کتاب الارتداد منه .

ویدل علی البینونه مطلقا فی المرتد الفطری موثقه عمار الساباطی قال سمعت ابا عبدالله علیه السلام کل مسلم بین مسلمین ارتدعن الاسلام ومحمد رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم نبوته وکذبه فان دمه مباح لمن سمع ذلک منه وامراته باینه منه یوم ارتد ویقسم ماله علی ورثته وتعتد امراته عده المتوفی عنها زوجها وعلی الامام ان یقتله ولایستتیبه ـ فان المراد بقوله ،(کل مسلم بین مسلمین) اما تولده من بین مسلمین اوهومن المسلمین الثابت اسلامهم باعتبار فطرتهم لاکونه نصرانیا " قبل الاسلام ثم تنصر ـ فلم یفصل بین کونه قبل الدخول اوبعده اوالمراد منه کل مسلم بین مسلمین متزوجین، فلا یستفاد منها حکم المراه اذاکانت کافره من اول الامر ،.

وصحیحه محمد بن مسلم قال سالت اباجعفر علیه السلام عن المرتد فقال من رغب عن الاسلام وکفر بما انزل الله علی محمد صلی الله علیه وآله وسلم بعداسلام فلا توبه له وقدوجب قتله وبانت منه امراته ویقسم ماترک علی ولده وهوایضا مطلق من جهه کونه قبل الدخول (بناء علی ان یکون الولد من امراه اخری) اوبعده الاانه یرفع الید عن اطلاقه بالنسبه الی الملی بعدالدخول لعدم البینونه فیه الا بعدانقضاء العده کما اتفق علیه الاصحاب فی الزوجه مطلقا وفی الزوج اذاکان ملیا فان رجع المرتد قبل انقضاء العده والا انفسخ وظاهر

هم الاتفاق علیه وفی مقدار العده وعن الریاض بل صرح به جماعه وهوالحجه دون النصوص لعدم استفاده شیی منها .

فما فی حسنه ابی بکر الحضرمی عن الصادق علیه السلام قال اذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرته کما تبین المطلقه ثلثا "(وتعتد منه کما تعتد المطلقه) فان رجع الی الاسلام وتاب قبل ان تتزوج فهو خاطب ولاعده علیها منه وانما علیها العده لغیره فان قتل او مات قبل انقضاء العده اعتدت منه عده المتوفی عنها زوجها وهی ترثه فی العده ولایرثها ان ماتت وهو مرتد عن الاسلام .

المراد من البینونه بمجرد الارتداد کما تبین المطلقه ثلثا محمول علی صوره عدم الرجوع الی الاسلام حتی خرجت عن العده والافهی شاذه تحمل علی التقیه لحکایه مثل ذلک عن بعض العامه والمراد منها الارتداد عن المله بقرینه التوبه لعدم الاستتابه فی المرتد الفطری کما تقدم من موثقه عمار الساباطی وصحیحه محمد بن مسلم وعلی فرض الاطلاق فی الحسنه یرفع الید عنه بقرینه ماسبق .

واما حکم الزوجه قبل الدخول اذا کانت فطریه فحکمها حکم الفطری بالاتفاق بین الاصحاب وکذلک اذا کانت عن مله .

نعم خبر مسمع بن عبدالملک عن ابی عبدالله (ع) قال قال امیر الموءمنین علیه السلام المرتد (فی التهذیب عن الاسلام) تعزل عنه امراته ولاتوکل ذبیحته ویستتاب ثلاثه ایام فان تاب والاقتل یوم الرابع ، وان کان مختصا بالملی بقرنیه التوبه لانه تلحق علیه الملیه بالاجماع المرکب کما ادعاه فی الریاض ، الا فی القتل

فانها لاتقتل بحال فی الرده .

کما فی صحیحه حماد عن الصادق فی المرتده عن الاسلام قال لا تقتل وتسخدم خدمته شدیده وتمنع من الشراب والطعام الحدیث وروایه غیاث ابن ابراهیم وصحیحه حریز الی غیر ذلک فما فی صحیحه محمدبن قیس عن ابی جعفر من قضاوه علی الی ان قال وانا احبسها حتی تضع فاذا ولدت فاقتلها لابد من حملها علی نوع من التهدید حتی ترفع الید عن ارتدادها وامثال هذه التهدیدات فی القضاوه جایزه کما لایخفی .

والحکم بالبینونه بمجرد الارتداد انما هوقبل الدخول مطلقا واما بعدالدخول فی الرجل الفطری خاصه دون غیره مطلقا کما تقدم واما اذاکان الارتداد بعدالدخول من الزوجه مطلقا اومن الزوج من غیر فطره فیتوقف انفساخ النکاح، علی انقضاء العده وظاهر الاصحاب ایضا الاتفاق علی الحکم ومقدار العده کما تقدم وحمل روایه الحضری علی محامل اوطرحها الا انه لم یظهر اعراض الاصحاب عنها فلم لایمکن الاخذ بمضمونها بعدعدم ثبوت طردها وعدم اجماع علی خلافها کما سیاتی .

ثم المترای من کلمات الاصحاب عدم الفرق بین ارتداد احدالزوجین اوکلیهما بقرینه العطف علیه ففی الحدائق لووقع الارتداد منهما دفعه انفسخ النکاح اجماعا کما عن التذکره وفی الریاض عطف ارتداد کلیهما معا "علی ارتداد واحدمنها المذکورفی المتن وکذا قال فی الجواهر والحجته فی تلک المسئله ایضا هودعوی الاجماع المذکور

في التذكره والاهليس في شيي من الروايات الوارده في ايدينا ارتدادكل واحدمنهما معا ".

ثم ان المستفاد من كلماتهم خصوصا " بقرينه عطف ارتدادهما معا " على صوره ارتداد احدهما كون الارتداد بعدكونهما مسلمين معا " فلوكان احدالزوجين نصرانيا " والاخر مسلما " فارتد عن الاسلام فالحكم بالبينونه لعدم تفوه به في كلمات احدمنهم بل عن الشرايع في مسئله الخامسه من مسائل اختلاف الدين مالفظه اذا ارتد المسلم بعدالدخول حرم عليه وطي زوجته المسلمه وقيد بالمسلمه في صريح عبارت التحرير ايضا فما يظهر من الجواهر من عطف غيرالمسلمه عليها مما لاوجه له والمسئله سياتي البحث عنها .

نعم الاطلاق موجودفي الروايات كما في صحيحه محمدبن مسلم قال سالت اباجعفر (ع) عن المرتد فقال من رغب عن الاسلام وكفربما انزل على محمد (ع) بعداسلامه فلاتوبه له وقدوجب قتله وبانت منه امراته ويقسم ماترك على ولده .

من غير تفصيل بين كون الزوجه مسلمه اونصرانيه وكذا في موثقه عمارالساباطي وامراته باينه منه يوم ارتد.

ولامانع من الاخذ باطلاقها الاان المفروض في روايه ابي بكر الحضرمي ارثها منه في العده وعدم ارثه منها فهي مختصه بصوره كون الزوجه مسلمه بعدم ارث الكافر عن المسلم ولم يثبت اعراض الاصحاب عن روايه ابي بكرالحضرمي مع كونها مشتمله على الانفساخ من حين الرده ومع احتمال ان الاصحاب جعلوا الاصل في مسئله المرتد

هو ما تقدم فی الکافر الغیر الکتابی من عدم جواز مناکحته بناء علی الاشتراک فی الکفر فبنوا الاحکام فی جمیع شقوقها المذکوره علی ذلک وایدوه ببعض ما ورد فی احکام المرتد ـ کما یظهر من صاحب الحدائق احتماله فالاجماعات المذکوره فی المسئله ساقطه من اصلها لایمکن الاعتماد علیها کما لایخفی .

واما المهر فان کان الارتداد من الزوج قبل الدخول بها فعلیه نصف المهر المسمی ان کان التسمیه صحیحه لان الفسخ کان من قبله فاشبه الطلاق فان کانت التسمیه فاسده فنصف مهر المثل وان لم یکن سمی شیئا "فالواجب الرجوع الی المتعه الوارده فیها (علی المقتر قدره وعلی الموسع قدره) واما ان کان من الزوجه فلا شیی لها لان الفسخ کان من قبلها کذا صرح به جمله من الاصحاب کالمحقق والعلامه والشیخ فی ط حیث قال الفراق اربعه اضرب اما ان یکون من جهته بطلاق ولعان ورده واسلام فان کان بالطلاق فلها المتعه بعموم الایه وان کان باللعان او الارتداد او الاسلام قال قوم تجب المتعه لان الفراق من قبله وهو الذی یقوی فی نفسی ولو قلنا لم تلزمه متعه لانه لادلیل علیه لکان قویا واما من جهتها بارتداد او اسلام او بعتق تحت عبد فیختار نفسها او تجد به عیبا فتفسخ او لیجد هو بها عیبا فانه وان کان الفاسخ هو فهی المدلسه فالکل من جهتها فلامتعه لها فی ذلک کله انتهی .

لکن عن سید المدارک تبعا " لجده فی المسالک وصاحب الریاض وجمله ممن تاخر ثبوت جمیع المهر فی صوره ارتداد الزوج لعدم دلیل

علی التنصیف الا فی باب الطلاق او الموت علی اختلاف فی الاخیر و اما الفسخ فلیس مثل الطلاق الاعلی وجه القیاس ولانقول به ، هذا کله علی ما ذکروه لکن وردفی الصحیح عن السکونی عن ابیعبدالله (ع) قال قال امیرالموءمنین فی مجوسیه اسلمت قبل ان یدخل بها زوجها فقال امیرالموءمنین لزوجها اسلم فابی ان یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق وقال لم یزدها الاسلام الاعزا .

والظاهر منها ان القضاوه علیه بنصف المهر باعتبار مجی الفسخ من قبله بعدم اسلامه بعدتکلیفه له بذلک فانه لو کان اسلم لکان علی نکاحها الاول فیکون من قبیل ما ذکرناه ومن کون الارتداد من قبله الا انه یخالف ما فی صحیحه عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن(ع) فی نصرانی تزوج نصرانیه فاسلمت قبل ان یدخل بها قال قدانقطعت عصمتها منه ولامهرلها ولاعده علیها منه .

فان هذه الروایه وان کانت فی النصرانیه والاولی فی المجوسیه الاانه لایوجب فرقا بعدکونهما من اهل الکتاب - فلا بدفی المسئله من الرجوع الی الاصل من ثبوت جمیع المهر لثبوته بالعقد والتنصیف یحتاج الی دلیل .

واما اذا قلنا بمضمون صحیحه ابن الحجاج فلا بدمن القول بالسقوط فیما نحن فیه بطریق اولی فان اسلامها اذا کان یسقط المهر فالسقوط بکفرها بطریق اولی اللهم الا ان یقال بکونها مختصه بموردها فیحکم بثبوت المهر کله فی صوره الارتداد بثبوت المهر بالعقد والفسخ انما هو من حین الارتداد وجعل الزوجیه

کالعدم من حینه لایوجب سقوط المهر الثابت بالعقد ولیس الزوجیه کالبیع حتی یقال ان بالاقاله کل واحد من الثمن والمثمن یرجع الی صاحبه فالمهر فی المقام کالعوض فیرجع الی اصله ـ لان رکن الزوجیه هوالزوجین لا المهر لجواز عقدالدائم بلا مهر واشتراط عدم المهر صحیح علی ما قیل فما ثبت بالعقد لاوجه لزواله فمنه یظهر الکلام فی صوره ارتداد کلیهما معا" فان الاصل بقاء المهر.

واما بعدالدخول فیثبت المهر المسمی به اومهرالمثل اذا لم یکن او کان ولم یکن صحیحا وان لم یکن مهر فی البین فالمتعه کما تقدم علی تردد فی ثبوته فی المقام.

والذی یوضح الکلام ما نقله فی المختلف قال ابن حمزه یلزم المهر بنفس العقد ویستقر باحدثلثه اشیاء بالدخول والموت ارتداد الزوج وفی مسئله اخری منه المشهور عند علمائنا ان المراه تملک المهر بالعقد ویستقر بالدخول فاذا طلقها قبل الدخول رجع علیها بالنصف ان کانت قبضته وقال ابن الجنید الذی یوجبه العقد من المهر المسمی النصف والذی یوجب النصف الثانی من المهر بعد الذی وجب بالعقد منه هو الوقاع اوما قام مقامه من تسلیم المراه نفسها لذلک لنا قوله تعالی وآتوا النساء صدماتهن نحله اضاف الصداق الیهن والظاهر انه لهن ولم یفرق قبل الدخول وبعده وامرایضا باتیانهن ذلک کله فثبت ان الکل لهن انتهی.

وهذا الکلام من العلامه وادعاء الشهره فی قبال ابن الجنید دل علی ثبوت المهر بنفس العقد ولادلیل علی رفع الیدعنه فعلیه

فارتدادهما او ارتداد واحد منهما لایوجب رفع المهر لان یدل دلیل علیه .

واضف الی ذلک کله ان الفسخ انما هو یوجب ان یکون الزوجه اجنبیه والملکیه مسلوبه فهو تصرف فی ناحیه مقتضی العقد لا لعقد نفسه فان العقد اوجب الملکیه والزوجیه ومقتضاهما هو الدوام لا ن الدوام من مقتضی العقد فالشارع بالارتداد انما تصرف فی الزوجیه الحاصله بالعقد لافی نفس العقد حتی یجعل العقد کلا عقد فی عالم الاعتبار فانه لاربط بعالم التشریع فالذی یرتبط للشارع انما هو التصرف فی الزوجیه حتی یجعلها اجنبیه والملکیه حتی یخرجها عن ملک المالک فجمیع التصرفات الواقعه من حین العقد الی حین الارتداد وکذا المنافع المستوفاه من حین العقد الی زمن الفسخ فهو من ملک الزوجه وکذا من ملک المشتری فی البیع علی طبق القاعده .

والذی یترای من کلام عده من الاصحاب سقوط المهر تعلیلا" بان الفسخ او الحدث جاء من قبلها ویدل علی هذا التعلیل جمله من الروایات المتضافره .

کما فی صحیحه الفضل بن یونس قال سالت ابا الحسن موسی بن جعفر عن رجل تزوج امراه فلم یدخل بها فزنت قال یفرق بینهما وتحد الحد ولاصداق لها لان الحدث جاء من قبلها وفی صحیحه اسماعیل بن ابی زیاد لان الحدث جاء من قبلها ، وفی عده روایات اخری اخذ هذا المضمون .

وعن الجعفریات اخبرنا محمد حدثنی موسی قال حدثنا ک (هذه الکلمه لم تقرء فی المستدرک) عن ابیه عن جده جعفربن محمد عن ابیه عن جده عن علی(ع) قال اذا زنت المراه قبل ان یدخل بها زوجها فرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث جاء من قبلها ، و فی کلمات القدماء ایضا یترای ذلک .

فعن الصدوق فی المقنع اذا زنت المراه قبل دخول الزوج بها فرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث جاء من قبلها ثم روی الروایه عن علی علیه السلام .

وعن الشیخ فی الخلاف کتاب الصداق مسئله ۶ اذا اصدقها صداقا ملکته بالعقد وکان من ضمانه ان تلف قبل القبض ومن ضمانها ان تلف بعدالقبض فان دخل بها استقر وان طلقها قبل الدخول بها رجع بنصف المهر المعین دون نمائه وبه قال ابوحنیفه واصحابه والشافعی وقال مالک انما تملک بالعقد نصفه فیکون الصداق بینهما نصفین فاذا قبضه کان لها نصفه بالقبض (بالملک) والاخر امانه فی یدها لزوجها فان هلک من غیر تفریط هلک منهما فان طلقها قبل الدخول کان له اخذالنصف لان ملکه لم یزل عنه - واستدل بعدذلک بالایتین المتقدمتین عن العلامه .

وفی التحریر ایضا المهر تملکه المراه بالعقد ولایتوقف فی تملک جمیعه الی الدخول .

ومن الاخبار التی یمکن الاستدلال بها علی ثبوت المهرفی الجمله ولوقبل الدخول مارواه الشیخ باسناده عن الحسن بن محبوب عن

علی بن ابی حمزه عن ابی الحسن(ع) فی رجل یزوج مملوکا له امراه حره علی ماه درهم ثم انه باعه قبل ان یدخل علیها فقال یعطها سیده من ثمنه نصف ما فرض لها انما هو بمنزله دین له استدانه بامر سیده - فان المفروض فیها ان المهر بمنزله الدین .

وما رواه فی الکافی صحیحا " عن عبدالحمیدبن عواض قال سالت ابا عبدالله (ع) عن الرجل یتزوج المراه فلایکون عنده ما یعطیها فیدخل بها قال لاباءس انما هو دین علیه لها .

فان الصحیحه ناطقه بکون المهردینا " وان کان قبل الدخول لا انه دین فی صوره الدخول فان الجائی به هو العقد لیس الا.

ومع ذلک کله یرفع الید عن مقتضی الروایات فیما اذا ارتدت الزوجه قبل الدخول او بعده لان الفسخ جاء من قبلها وان کان المرتد هو الزوج ففی صوره الدخول لا اشکال فی ثبوت المهر باجمعه بالدخول واما اذا کان قبل الدخول فلاوجه لتنصیف المهر بعد ما کان ثابتا " بالعقد لان الفسخ جاء من قبلها فیوخذ بتمامه الا ان یدل نص او اجماع علی التنصیف ومجرد تشبیهه بالطلاق قیاس لانقول به .

ویوید عدم استحقاق الزوجه المهر فی صوره الارتداد قبل الدخول ما فی التحریر اذا قبضت الصداق ثم ارتدت قبل الدخول رجع بالمهر اجمع فان زاد زیاده منفصله کانت الزیاده لها وان کانت متصله تخیرت بین رد العین مع الزیاده وبین رد القیمه من دون زیاده فانها تدل ایضا علی استحقاق المهر بالعقد فلذا تستحق الزیاده .

المنفصله والمتصله فهی تعلن ایضا ان النکاح لیست مثل الفسخ

اولا لاقاله فی البیع لیقتضی ردکل عوض الی صاحبه. هذا التوجیه بناء علی ان الفسخ من حینه لامن حین العقد واما اذا کان من حین العقد وفرض العقد کلا عقد من راس فلا بد من رجوع المنافع المتصله والمنفصله الی الزوج.

ثم انه اذا ارتد المسلم بعد الدخول اوقبله حرم علیه وطی زوجته المسلمه لانه بکفره یمنع من التناکح بینه وبین المسلمه بالادله السابقه وغیرها لعدم الزوجیه فی صوره عدم الدخول ح وکذا اذا کان الارتداد عن فطره بعد الدخول کما تقدم واما اذا کان عن مله فعلی المشهور هی زوجه الی انقضاء العده علی المشهور بناء علی ثبوت الاعراض عن روایه الحضرمی فلووطئها بالشبهه الناشئه عن الجهل بالمسئله کما هو الغالب بل المراد فی هذا المقام لعدم العلم بالانفساخ غالبا بالارتداد ولعدم العلم بالحرمه الی انقضاء العده واما الغفله او النسیان فحکمه حکم الاشتباه فی سایر الموارد من ثبوت المهر للشبهه.

قال الشیخ فی صوره الشبهه علیه مهران الاصلی بالعقد والاخر للوطی بالشبهه وعن المحقق وغیره الاشکال علیه بانها فی حکم الزوجه اذا کانت عن مله.

فالرجوع فی هذه الصوره اما ان یکون فی العده فبناء علی مذهب الشیخ یکشف ذالک عن کونها زوجه حال النکاح وان بقی علی کفره حتی مضت العده قال لان عدم عوده الی الاسلام کشف عن بطلان النکاح بالرده فکانت کالاجنبیه.

والذی تقدم من قول المشهور مع قطع النظر عن روایه الحضرمی عدم شیی علیه بالوطی لکونها زوجه وان حرمت علیه وطیها ولهذا لو رجع لم یفتقر الی عقد جدید بل یبنی علی الاول فیدل علی بقاء حکم النکاح الاول کالمطلقه الرجعیه .

وقال فی المسالک ولعله الاقوی وقال ایضا بعدم الحد علیه فی صوره الوطی فهو ایضا یکشف عن بقاء الزوجیه الی خروج العده .

ثم انه ذکر الشیخ فی الخلاف مسئله ۷۰ کتاب النکاح اذا کانت عنده زوجه فزنت لاینفسخ العقد والزوجیه باقیه وبه قال جمیع الفقهاء وقال الحسن البصری تبین منه وروی ذلک عن علی علیه الصلوه والسلام واستدل علی ذلک باجماع الفرقه واخبارهم وان الاصل بقاء النکاح واحتیاج الانفساخ الی دلیل انتهی .

فان ادعاء الاتفاق منه لایلائم الروایات الداله علی الانفساخ اللهم الا ان یرفع الید عن مضمونها بالنسبه الی الانفساخ فقط لکن یوخذ التعلیل الوارد فیها من عدم مهر لها قبل الدخول فهذا الوجه ایضا لایلائم ماذکروه من ان الطلاق قبل الدخول یوجب التنصیف ولم یر دای وجه لتخصیص قوله تعالی وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فریضه فنصف ما فرضتم والتفصیل بین کونها زانیه اوغیر زانیه لاوجه له والاخذ بالتعلیل الوارد فی الروایات مع عدم عمل لها فی المورد مما یوجب الوهن والضعف فیها مع تضعیف غیر واحد منهم لها وان کانت صحیحه اصطلاحا .

وفی المختلف ص ۷۹ النکاح قال سلار وان زنت امراته لم یحرم علیه

الا ان تصروا لاستثناء یقتضی التحریم مع الاصرار وهذا قد اخذه من الشیخ المفید فانه قال اذا کان للرجل امراه ففجرت وهی فی بیته وعلم ذلک من حالها کان بالخیار ان شاء امسکها وان شاء طلقها ولم یجب علیه لذلک فراقها ولایجوز له امساکها وهی مصره علی الفجور فان ظهرت التوبه جاز له المقام علیها وینبغی ان یعزلها بعدما وقع من فجورها حتی تستبرء وقال ابن حمزه فاذا اصرت المراه عند زوجها علی الزنا انفسخ نکاحها علی قول بعض الاصحاب انتهی .

وهذا الکلام یفید ثبوت الاعراض عن الروایات السابقه مخصوصا" مع الاصرار علی الزنا کما افتی به المفید ایضا وتبعه سلار فبعد کون المسئله اجتهادیه فهو یقتضی القول بالانفساخ بالنصوص واما قوله الحرام لایحرم الحلال یرفع الید عنه بالنصوص الصحیحه ،هذا غایه التوجیه فی المقام لکن قد عرفت فی ما تقدم من هذا الکتاب عدم انفساخ الزوجیه ولایظهر من عباره المفید وسلار ایضا انفساخ الزوجیه حتی فی صوره الاصرار ونسبه ابن حمزه الانفساخ الی بعض الاصحاب لعله من جهه الاجتهاد وانه فهم من التفریق الواقعه فی کلام الصدوق او من کلمه (ترد) الواقع فی عباره المفید فلا یبقی القول بالانفساخ جزما "الا عن الحسن البصری والروایات متضافره علی بقاء الزوجیه کما تقدم منا مفصلا وفی خصوص المسئله عن ابن حمزه القول بالانفساخ وعدم المهر لاجل کون الفسخ من قبل المراه .

****

واذا اسلم زوج الکتابیه فهو علی نکاحه سواء کان قبل الدخول وبعده.

والمراد من الزوج اعم من ان یکون کتابیا " او وثنیا بعد کون الزوجه کتابیه وبقاء النکاح فی هذه المسئله موضع وفاق (و ان منعنا عن ابتدا النکاح) سواء کان قبل الدخول او بعده وسواء کان قبل الاسلام کتابیا اولاه

فعن التحریر اذا اسلم زوج الکتابیه دونها فهو باق علی نکاحها سواء اسلم قبل الدخول او بعده ویجوزله نکاحها بالعقد السابق مع کفرها ویکون حکمها ما تقدم سواء کانا فی دار الاسلام او فی دار الحرب او اختلف الداران بهما انتهی .

وفی الحدائق هو موضع وفاق من العلماء المجوزین نکاح الکتابیه والمانعین ومحل الخلاف المتقدم انما هوفی ابتداء نکاح المسلم الکتابیه دون استدامته قالوا ولافرق بین ان یکون الزوج کتابیا " اوغیرکتابی من اصناف الکفار.

وعن الریاض اجماعا " وعن الجواهر بلاخلاف اجده بل فی المسالک وغیرها الاجماع علیه الی غیر ذلک من کلماتهم والعمده فی المسئله ذکرالاخبار الداله علیها بالخصوص او بنحو العموم فمن الروایات.

ذیل صحیح عبداله بن سنان عن ابی عبدالله علیه السلام قال اذا اسلمت امراه وزوجها علی غیرالاسلام فرق بینهما وسالته عن رجل هاجر وترک امراته فی المشرکین ثم لحقت به بعدا یمسکها بالنکاح الاول اوتنقطع عصمتها قال یمسکها وهی امراته .

قوله ترك امراته في المشركين المراد به اعم من ان يكون وثنيا او من اهل الكتاب خصوصا بملاحظه زمان السؤال الذي قال فيه الوثني بل المشركين بعقيده السائل اعم من الكتابي و غيره وخصوصا بقرنيه ما ورد في دعائم الاسلام عن جعفر بن محمد عليهما السلام انه قال اذا خرج الحربي الى دار الاسلام فاسلم ثم لحقته امراته فهما عن النكاح فيحتمل قريبا ان يكون ما رواه في الدعائم هو هذه الروايه ونقله بالمعنى بما فهم من المشرك الحربي كما لايخفى واستدل بهذه الروايه في الحدائق والجواهر مع انه لو اخذ بمضمونها وانجمد عليه لايكون داله على حكم الكتابي الا ان يستفاد حكمه بالطريق الاولى ، فالمشركين اما ان يكون المراد منهم الاعم من اهل الكتاب وغيره فيقيد بالنسبه الى المرئه المشركه بعد انقضاء العده التي يقال فيها بالانفساخ اذا لم تسلم واما ان يكون اهل الكتاب الحربي فلايحتاج الى تخصيص ويكون دليلا بعنوانا لمسئله التي ذكروها في اسلام زوج الكتابيه مطلقا .

وما رواه في الكافي عن علي ابن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن بعض اصحابه عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر قال ان اهل الكتاب وجميع من له ذمه اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجها من دار الاسلام الى غيرها ولايبيت معها بالليل واما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهما الى انقضاء العده فان اسلمت المراه ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امراته وان لم يسلم الا بعد انقضاء العده فقد بانت منه ولاسبيل له

علیها وکذلک جمیع من من لاذمه له .

الا ان الروایه بصددبیان حکم الذمی من اهل الکتاب وغیره .وعدم الالتزام به فی صوره اعلام الزوجه الکتابیه وزوجها کتابی خصوصا " قبل الدخول الذی یقولون فیه بالانفساخ بمجرداسلام الزوجه لایوجب مناقشه فی دلاله الروایه بالنسبه الی حکم الزوج اذا سلم و زوجتها لم تسلم حتی بالنسبه الی بعدانقضاء العده .

وروایه محمدبن عیسی العبیدی(الذی اختلف فیه العلماء مع کونه مقبول الروایه) عن یونس قال الذمی تکون عنده المراه الذمیه فتسلم امراته قال هی امراته یکون عندها بالنهار ولایکون عندها باللیل قال فان اسلم الرجل ولم تسلم المراه یکون الرجل عندها باللیل والنهار واما الذیل هذه الروایه فیدل بالصراحه علی بقاء النکاح باسلام الرجل دون المراه سواء کان قبل الدخول اوبعده نعم لابد من التقیید فی صدرها بناء علی ان اسلام الزوجه بعد الدخول ینتظر فیه خروج العده فبعدالانقضاء ینفسخ الزوجیه فهو خاطب من الخطاب .

وخروج صوره عدم الدخول عنها یخصص بعدم دخوله فیها باعتبار قوله تکون عنده المراه فمن البعید ان یکون عنده المراه ولم تدخل بها وان ابیت عن ذلک فیرفع الید عنها بصوره عدم الدخول وبصوره الدخول الی انقضاء العده فیوخذ بها بالنسبه الی بقاء الزوجه الی انقضاء العده ویوخذ بالذیل من دون تخصیص ، الا انه مختص بالذمی صدرا واما الذیل فانه مطلق من غیر اختصاصه بالذمی الا ان ید عی

ان الذیل ایضا یبین حکم ماذکره بالصدروهوالذمی .

واضف الی ذلک مارواه فی دعائم الاسلام عن علی علیه السلام انه قال فی حدیث واذا اسلم الرجل وامراته مشرکه فان اسلمت فهما علی النکاح وان لم تسلم واختار بقائها عنده ابقاها علی النکاح ایضا " وعن النبی (ص) اذا اسلم المشرک وعنده امراه مشرکه فلاباس بان یدعها ان رغب فیها لعل الله ان یهدیها ، بناء علی شمول المشرکه لاهل الکتاب لکنه بعید خصوصا بالنسبه الی الروایه الاخیره .

والذی یخالفه من الاخبار المتقدمه فی المجوسیه فقط مارواه فی یب عن ابن محبوب عن معویه ابن حکیم عن محمدبن خالد الطیالسی (الذی لم یردفیه توثیق الا انه کثیرالروایه) عن ابن رئاب وابان جمیعا عن منصور بن حازم عن ابی عبدالله علیه السلام قال سالت ابا عبدالله عن رجل مجوسی کانت تحته امراه علی دینه فاسلم او اسلمت قال ینتظر بذلک انقضاء عدتها فان هواسلم اواسلمت قبل ان تنقضی عدتها فهما علی نکاحهما وان هولم یسلم حتی تنقضی العده فقد بانت منه ـ وفی بعض نسخ الوسائل الموجود عندنا (وان هی لم تسلم مع کون العطف فی الثانی بالواو والذی ذکرناه انفا انما هو من نسخه الوافی وهواصح عندنا من الوسائل واضبط .

وفی روایه اخری عنه قال سالت اباعبدالله عن رجل مجوسی او مشرک من غیراهل الکتاب کانت تحته امراه فاسلم او اسلمت ثم ذکر مثله الحدیث .

بیان المخانقه فی روایه منصوربن حازم من جهته‌کون النسخه بالضمیر المونث (وان هی لم تسلم) حتی یحکم‌بالافتراقبعدانقضاء العده اذاکان الزوج اسلم قبل الزوجه ولم تسلم المراه حتی تنقضی العده مع ان الروایات‌المتقدمه کانت داله علی بقاء الزوجیه فی هذه‌الصوره .

واما بناء علی کون النسخه هی ماذکرناه من الوافی وهو (وان هولم یسلم حتی تنقضی العده) فلا یخالف‌شیئا من الروایات‌فان اسلام الزوج فی هذه‌الصوره بعدانقضاء العده وکانت‌الزوجه‌اسلمت قبل اسلام الزوج - اللهم الا ان یحمل عدم اسلامه اواسلامها قبل انقضاء العده علی المثال من عدم الفرق بینهمافیخالف‌الروایات السابقه فی صوره‌اسلامه‌بعد اسلامهاحتی تنقضی‌العده‌فمقتضی الروایه هوالحکم بالفسخ دون الروایات‌السابقه لکن اثبات .کون النسخه علی طبق الضمیر المونث اوالمثال دونه خرط القتاد. وسیاتی البحث‌ایضا حول دلاله الروایه فی اسلام‌الزوجه‌بعدالدخول واسلام الزوج بعدها - لکن مع ذلک لامانع من الاخذ بمضمون الروایتین فی المجوسی کمافی‌الخلاف‌والمبسوط فایهمااسلم قبل الدخول بها وقع الفسخ وانکان بعده وقف‌علی انقضاء العده الا ان صحیحه محمدبن مسلم بقوله (وجمیع من له الذمه) لایقبل التخصیص‌لکونه‌کالتصریح بالمجوسی بعدالتصریح بالکتابی فکانهامفصله بین من له الذمه مطلقا " وبین من لاذمه له مطلقا ، ومع التعارض‌الترجیح‌بالصحیحه اولی کماالحق‌الشیخ المجوسیه فی هذا الحکم .

ولواسلم زوجه قبل الدخول الفسخ العقدولامهر ، ان کان الضمیر عایدا الی الزوج سواء کان کتابیا " اوغیرکتابی یکون موضوع المسئله اعم الا انه لایلائم العباره والذی یقتضی ظاهرها کون الضمیر راجعا " الی الکتابی فهو اخص مماجعلوه عنوانا للمسئله والزوجه اعم من ان یکون کتابیه او وثنیه بعدفرض الزوج کتابیا .

قال فی الخلاف مسئله ۱۰۵ نکاح اذاکانا وثنیین اومجوسیین اواحد هما مجوسیا " والاخر وثنیا " فایهما اسلم فان کان قبل الدخول بها وقع الفسخ فی الحال وانکان بعده وقف علی انقضاء العده فان اسلما قبل انقضائها فهما علی النکاح وان انقضت العده انفسخ النکاح وهکذا اذاکانا کتابیین فاسلمت الزوجه سواء کان فی دارالحرب اوفی دارالاسلام وبه قال الشافعی وقال مالک اذا اسلمت الزوجه مثل ماقلناه وان اسلم الزوج وقع الفسخ فی الحال سواء کان قبل الدخول اوبعده وبعدنقل قول ابی حنیفه الفارق بین کون الزوجین فی دارالحرب فالفسخ یقع بخروج العده وان کانا ذمیین لم یقع الفسخ فی الحال ولایقف علی انقضاء العده ثم استدل باجماع الفرقه واخبارهم وان الاصل بقاء العقدوبمافعله النبی مع ابی سفیان و زوجته .

والغرض من نقل کلام الشیخ التنبیه علی وجودمخالفه العامه فی المسئله واحتمال التقیه فی بعض الروایات المطلقه لاجل موافقتها لفتوی ابی حنیفه کماسیاتی .

ومن الروایات الداله علی الانفساخ قبل الدخول باسلامها صدر

صحیحه عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله (ع) قال اذا اسلمت امراه وزوجها علی غیرالاسلام فرق بینهما الا ان اطلاقها بالنسبه الی المدخول بها یقیید بما یدل علی بقاء الزوجیه الی انقضاء العده حتی بالنسبه الی المشرکه بعدالدخول کما ان اطلاقها بالنسبه الی الکتابی مطلقا محکمه ولایتوهم اختصاصها بالمشرک یعنی الوثنی کما تقدم .

وصحیح عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن (ع) فی نصرانی تزوج نصرانیه فاسلمت قبل ان یدخل بها قال قدانقطعت عصمتها منه ولامهر لها ولاعده علیها منه ـ ویستفاد عدم المهر من هذا الصحیحه .

وصحیح السکونی عن ابیعبدالله (ع) قال قال امیرالموء منین فی مجوسیه اسلمت قبل ان یدخل بها زوجها فقال امیرالموء منین لزوجها اسلم فابی ان یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق وقال لم یزدها الاسلام الاعزا " فان دلاله الروایه علی الانفساخ مما لاخدشه فیه وعدم العمل بهذه الروایه کما ادعاه فی الجواهر بالنسبه الی تنصیف المهر واختصاصها بالمجوسیه کاختصاص الثانیه بالنصرانیه لایضر بعد عدم القول بالفصل بین الکتابی مطلقا کما ان اختصاص صحیحه ابن سنان بالذمی کالاخیره لایوجب الاختصاص فالحکم فی هذه المسئله ایضا مما لااشکال فیه .

وان کان اسلامها بعدالدخول وقع الفسخ علی انقضاء العده،
ولا فرق فی ذلک بین ان یکون الزوج کتابیا " اووثنیا " اما اذا
کان وثنیا فهو موضع وفاق واما اذاکان کتابیا " فهواصح القولین
کمافی المسالک - ویدل علیه ایضاما قدمناه من عباره الخلاف
وبه قال ابن البراج وابن ادریس والعلاقه فی المختلف والتحریر
واستدل علیه فی الاول بایه نفی السبیل وروایه احمدبن ابی نصر
وفی التحریر قال ولو اسلمت الکتابیه دون زوجها فان کان قبل
الدخول انفسخ العقد ولامهر لهاوان کان بعده انتظرهذه الطلاق
فان اسلم فیها کان النکاح باقیا " وان انقضت علی کفره بانت
منه ولهاالمهر.

الا ان الشیخ قده ذهب فی النهایه وفی کتابی الاخبارالی بقاء
الزوجیه بعدالدخول وقال واذا اسلمت زوجه الذمی ولم یسلم
الرجل وکان الرجل علی شرایط الذمه فانه یملک عقدها غیرانه لا
یمکن من الدخول الیها لیلا ولامن الخلوه بها ولامن اخراجها
من دارالهجره الی دارالرحب.

وفی محکی السرائر قول الشیخ ممایضحک الثکلی ان کانت زوجه
فلا یحل ان یمنع منها ثم ان منع من الدخول الیهاکانت نفقتها
ساقطه لانها فی مقابله الاستمتاع وهولایتمکن منه فیسقط عنه واجاب
العلاقه فی المختلف عنه بقوله هذا جهل منه وجراه عظیمه علی شیخنا
المقدم فی جمیع العلوم وتسلطه بمثل هذاالکلام عظیم خصوصا وقد
ذکر فی عده مواضع ان النهایه کتاب خبرفای غضاضه علی الشیخ

فی الروایه التی ینقلها فای دلیل قادالیالتلازم بین الزوجیه وعدم المنع منهافکثیر من الزوجات یمنع عن زوجه وامر النفقه ظاهر فان الامتناع جعل منه اومن الشارع فاشبه المرتد وصاحب الحیض وکمافی زمان العده للانتظار انتهی وکیف کان یدل علی بقاء الزوجیه حتی بعدانقضاء العده .

صحیحه جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما (ع) انه قال فیالیهودی والنصرانی والمجوسی اذا اسلمت امراته ولم یسلم قال هما علی نکاحهما ولایفرق بینهما ولایترک ان یخرج من دارالاسلام الی الهجره .

فان هذه الروایه مختصه بالذمی لکن یرفع الید عن اطلاقها بما یاتی وعلی فرض اطلاقها لماقبل الدخول یرفع الید عنه بماتقدم.

وصحیحه محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال ان اهل الکتاب وجمیع من له ذمه اذا اسلم احدالزوجین فهما علی نکاحهما ولیس له ان یخرجها من دارالاسلام الی غیرها ولایبیت معها ولکنه یاتیها بالنهار واماالمشرکون مثل مشرکی العرب وغیرهم فهم علی نکاحهم الیانقضاء العده فان اسلمت المراه ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهی امراته وان لم یسلم الابعدانقضاء العده فقد بانت منه ولا سبیل له علیها وکذلک جمیع من لاذمه له .

اقول والذی یختلج فی البال ان تقیید صدرهذه الروایه یوجب عدم التفصیل بین حکم المشرکین ومن لاذمه له وبین من له ذمه فانها بصدد بیان الفرق بینهما فاذاحملناها علی بقاء الزوجیه الیانقضاء

العده فماالفرق بین الصدر والذیل والفرضان التفصیل قاطع للشرکه الاانه یمکن ان یقال انه ماالدلیل علی کون الصدر والذیل صدرا فی مجلس واحد فمن المحتمل ان یکون الصدر صدر فی مجلس والذیل فی مجلس اخر فانضمام احدهما الی الاخر انما هومن جهت الرواه وان کان فیه من البعد ـ واطلاقها بالنسته الی صوره عدم الدخول حکمه ماتقدم .

وصحیحه یونس قال الذمی تکون عنده المراه الذمیه فتسلم امراته قال هی امراته یکون عندها بالنهار ولایکون عندها باللیل فان اسلم الرجل ولم تسلم المراه یکون الرجل عندها باللیل والنهار .

ولایضر بصحه الروایه وقوع مثل محمدبن عیسی العبیدی فی السند لانه ممن کثرروایته المتقنه عن المعصوم فمن مثل العبیدی فی الوثاقه ـ والمسئول عنه فیها انماهوالمعصوم ففی غایه البعدان یکون غیره .

فالروایه علی فرض اطلاقها بالنسبه الی غیرالمدخوله یرفع الید عنها وکذلک اطلاقها بالنسبه الی بقاء الزوجیه واماالروایات الداله علی التفصیل .

منها صحیحه ابن ابی نصرالبزنطی قال سالت الرضا عن الرجل تکون له الزوجه النصرانیه فتسلم هل یحل لها ان تقیم معه قال اذا اسلمت لم تحل له قلت فان الزوج اسلم بعد ذلک یکونان علی النکاح قال لایتزوج بتزوج جدید ـ هذا علی بعض نسخ الوسائل ـ قال فی الوافی وفی بعض النسخ لایتزوج جدیدوفی بعضها بالتائین

الفوقانیتین ونصب جدیدا " وعلی النسختین فکلمه لامنفصله وعلی الاخیره یحتمل اتصالها وان بعد.

وفی حاشیه الحدائق ونحو هذا الخبرمارواه الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن احمدبن محمدبن عیسی عن البزنطی قال سمعت رجلا یسئل اباالحسن الرضا علیه السلام النصرانی تسلم امراته ثم یسلم زوجها ایکونان علی النکاح الاول قال لایجددان نکاحا اخرو هذا الخبرایضا لایخلو من اشکال الخ انتهی .

ثُمَّ مع قطع النظر عن الاشکال من جهته اختلاف النسخ وحمل الروایه علی تجدیدالنکاح کما عن غیرواحدمنهم العلامه فلایخلواطلاقها من اشکال لشموله لماقبل الدخول وبعده وحملها علی عدم الحلیه بعد انقضاء العده فی صوره الدخول وبعدالاسلام فی صوره عدم الدخول فی غایه البشاعه کمالایخفی .

لکن الذی یوجب رفع الخدشه هو کون المفروض فی الروایه هو المراه المدخول بهاکمایدل علیه قوله (یکون له الزوجه النصرانیه) فان السئوال عن حکم المراه التی کانت عنده مده من الزمن فاخراج غیرالمدخول بها موضوعی بناء علیه .

فیرفع الیدعن اطلاقها بالنسبه الی انقضاء العده فیقید بها الروایات المطلقه السابقه اضف الی ذلک عدم القائل بانفساخ الزوجیه بعدالدخول قبل انقضاء العده فان الشیخ فی النهایه ذهب الی بقاء الزوجیه بعده وفی الخلاف ذهب الی بقائه الی انقضاء العده فعلی فرض دلالتها علی الانفساخ قبل انقضاء العده لابد من

طرحها لعدم قائل به اصلا فلا بد من الحمل علی الانفساخ بعد انقضاء العده .

وبعباره اخری ان الاجماع المرکب وهو القول ببقاء العقد الی انقضاء العده او بقاء العقد مطلقا قائم علی بطلان القول بالانفساخ قبل زمان الانقضاء فلا یحمل علیه الروایه .

ثم ان المراد من عدم الحلیه عدمها باعتبار انفساخ الزوجیه کما هو الظاهر ولیس المراد منه حرمه التمکین حتی لاینافی بقاء الزوجیه فبالنتیجه لایکون مخالفه للروایات الداله علی بقاء الزوجیه کما هو مستند الشیخ .

ومن الروایات المفصله صحیحه السکونی عن جعفر عن ابیه عن علی ان امراه مجوسیه اسلمت قبل زوجها فقال علی (ع) لزوجها اسلم قال لافقرق بینهما ثم قال ان اسلمت قبل انقضاء عدتها فهی امرتک وان انقضت عدتها قبل ان تسلم ثم اسلمت فانت خاطب من الخطاب .

هذه الروایه اصرح من السابقه فی التفصیل الا انها مختصه بالذمی لکون الواقعه کانت فی زمن علی والمجوسی کان فی الکوفه لکنها مختصه بالمجوسیه لکنهم لایفرقون فیما ذکرناه بین المجوسیه وغیرها فی التفصیل فیما قبل الدخول باسلام الزوجه قبل الزوج کما تقدم عن الشیخ .

ومنها روایه منصور بن حازم قال سالت اباعبدالله (ع) عن رجل مجوسی تحته امراه علی دینه فاسلم او اسلمت قال ینتظر بذلک انقضاء عدتها فان هو اسلم واسلمت قبل ان تنقضی عدتها فهما علی

علی نکاحهما الاول وان هولم یسلم حتی تنقضی العده فقد بانت منه (بناء علی کون الضمیر مذکرا " کما ذکرناه لابناء علی کونه مونثا کما فی نسخه الوسائل الموجود ـ عندنا) .

اقول یحتمل ان یکون موردالسئوال هواسلام الزوج ثم اسلام الزوجه بعده وعلیه یکون العطف بالواو فی موضعین فان نسخه الوسائل بالواو فی الثانیه کما ذکرناه فیمکن ان یکون فی الاولی ایضا " (واوا) (لکن نسخه الوافی العطف به (او) فی الموضعین .

فعلی (الواو) فی موضعین یکون الروایه مبینه لحکم الزوجه بعد اسلام زوجها وتفصیلا بین انقضاء العده وعدمها فتکون مخالفه لما قدمناه من الروایات الداله علی بقاء الزوجیه باسلام الزوج مطلقا کما فی صحیح ابن سنان وذیل صحیح یونس ـ وعلی کون النسخه ـ او یکون اسلام احدهما من باب المثال فیکون فی حکمه اسلام الزوجه بعد اسلام الزوج علی خلاف الروایات واما اذا کان الضمیر مذکرا فیدل علی اسلام الزوج بعد اسلام الزوجه فیدل علی التفصیل الذی ذکره المشهور تبعا للشیخ لکن اثبات واحد منهما فی غایه الاشکال .

ثم انه هل یمکن تقیید الروایات السابقه الداله علی بقاء الزوجیه بهذه الروایات المفصله حتی یکون دلیلا علی المشهور او تقیید هذه الروایات بغیر الذمی فالذمی یبقی علی الزوجیه مطلقا والشاهد علی هذا الجمع الاخیر هو صحیح محمد بن مسلم عن ابی جعفر المفصل بین المشرک وغیر الذمی وبین الذمی کما تقدم حتی یکون النتیجه موافقه لما ذکره الشیخ فی النهایه مع کون الروایات

الداله علی البقاء کالصریح فیه لکن الذی یوید رفع الید عن اطلاقها لموافقتها لفتوی ابی حنیفه ومن تبعه علی ما ذکره الشیخ فانهم قالوا بان الزوجین انکانا فی دارالاسلام بعقد ذمه اومعاهده فمتی اسلم احدهما لم یقع الفسخ فی الحال سواء کان قبل الدخول اوبعده ولایقف علی انقضاء العده فلو بقیا سنین فهما علی النکاح لکنهما لایقران علی الدوام علی هذا النکاح بل یعرض الاسلام علی المتاخر منهما فان اسلم فهما علی النکاح والافرق بینهما ثم نظر فان کان المتاخر هو الزوج فالفرقه طلاق وان کان المتاخر هو الزوجه فالفرقه فسخ انتهی .

فانه مما یوجب الوهن فی صراحه اطلاق ما دل علی بقاء الزوجیه .

وبالجمله یدور الامر بین امرین احدهما حفظ الاطلاق فی الروایات الداله علی بقاء الزوجیه کروایه یونس ومحمد بن مسلم وجمیل بن دراج وحمل صحیحه ابن ابی نصر والسکونی ومنصور بن حازم علی غیر الذمی والشاهد علی هذا الجمع صحیح محمد بن مسلم اوحمل اطلاق الطائفه الاولی علی انقضاء العده وتقیید الطائفه الثانیه علی الذمی کما هو صریح بعض وظاهر بعض اخر والشاهد علی هذا الجمع ایضا" فتوی الحنفیه القائلین ببقاء الزوجیه مطلقا" .

واما اختصاص الطائفه الداله علی التفصیل بغیر الذمی حتی یخرج بذلک من التعارض ویاباه ظاهرها الداله علی دخول الذمی فی موضوعها کما اشرنا الیه فالحق ما ذکره المشهور فی التقیید، باعتبار موافقه اطلاق ما تقدم من فتوی ابی حنیفه وغیرها ومع التعارض ایضا" یرجع المقید علی المطلق .

واما غير الكتابيين فاسلام احد الزوجين موجب لانفساخ العقد في الحال ان كان قبل الدخول وان كان بعده وقف على انقضاء العده

والمراد من غير الكتابيين كونهما معا كذلك والا فيشمل العباره بما اذا كان احدهما وثنيا" والاخر كتابيا" فان الزوج الوثني اذا اسلم وزوجته كتابيه لايحكم بانفساخ النكاح قبل الدخول وكذا اذا كانت الزوجه وثنيه وزوجها كتابي فانه بعد اسلامها ياتي الخلاف السابق فيها .

فالمراد من العباره اما الوثنيين او ما يشمل غير الكتابيين من اصناف الكفار فالاحسن ماذكره في الرياض بقوله ولو اسلم احد الزوجين الوثنيين معا" المنسوبين الى عباده الوثن وهو الصنم وكذا من بحكمهما من الكفار غير الكتابيين وكان الاسلام قبل الدخول بطل النكاح انتهى .

قالوا والدليل على الانفساخ في الصوره الاولى لان المسلم ان كان هو الزوج استحال بقائه على نكاح الكافره غير الكتابيه لتحريمه ابتداء واستدامه اجماعا وان كان الزوجه فاظهر اذ لاسبيل للكافر عليها وقد عرفت عباره شيخ الطائفه قده في ماتقدم بقوله اذا كانا وثنيين او مجوسيين او احدهما مجوسيا" والاخر وثنيا" فايهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع الفسخ في الحال وان كان بعده وقف على انقضاء العده فان اسلما قبل انقضائها فهما على النكاح وان انقضت العده انفسخ النكاح واستدل على ذلك باجماع الفرقه واخبارهم .

وقال فی التحریر، غیر الکتابیین من ای اصناف الکفار کانوا اذا اسلم احدالزوجین منهم فان کان قبل الدخول انفسخ النکاح فی‌الحال سواء کان المسلم الرجل اوالمراه ولوکان بعدالدخول انتظرت العده فان اسلم الاخر فیها کان النکاح باقیا" والا نفسخ العقد ولافرق بین ان یکون المسلم الرجل اوالمراه ولا عتبار بالدار فی هذاالحکم .

ویدل علیه من الاخبار مارواه فی الکافی عن محمدبن یحیی عن عبدالله بن محمد عن علی بن حکم عن ابان عن منصوربن جازم قال سالت ابا عبدالله علیه‌السلام عن رجل مجوسی اومشرک من غیر اهل الکتاب کانت تحته امراه فاسلم اواسلمت قال تنتظر بذلک انقضاء عدتها فان هواسلم اواسلمت قبل ان تنقضی عدتها فهما علی نکاحهما الاول وان هولم یسلم حتی تنقضی العده فقد بانت منه .

فان دلالتها (بناء علی کون اسلام احدهما من باب المثال) فی صوره الدخول علی الانفساخ بعد انقضاء العده مما لاشکال فیه ویدل علیه ایضا ذیل صحیحه ابن ابی عمیر عن بعض اصحابه عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) واما المشرکون مثل مشرکی العرب وغیرهم فهم علی نکاحهم الی انقضاء العده فان اسلمت المراه ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهی امراته وان لم یسلم الابعدانقضاء العده فقد بانت منه ولاسبیل له علیها وکذلک جمیع من لاذمه له فانها ایضا وان کانت مختصه باسلام المرء بعدالمراه وبعدالدخول ایضا الا انهم لم یفرقوا بین تقدیم اسلام الرجل اوالمراه وبین

صوره الدخول وعدمه .

ثم انه بقی هنا کلام وهو الاستدلال فی امثال المقام بایه نفی السبیل وهی قوله تعالی فی سوره النساء آیه ۱۴۱ الذین یتربصون بکم فان کان لکم فتح من الله قالوا الم نکن معکم وان کان للکافرین نصیب قالوا الم نستحوذ علیکم ونمنعکم من المؤمنین فالله یحکم بینکم یوم القیمه ولن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلا")

فان الایه من الصدر الی الذیل بصدد بیان امر الاحتجاج وان الحجه للمؤمنین دون المنافقین والمعاندین والکافرین وان کانوا فی الظاهر غالبین والمؤمنون لهم الحجه وان کانوا فی الظاهر تحت سیطره الکفره والفجره کما فی یومنا هذا الذی یخرب فیه الصهاینه والیهود دیارهم ویاخذ اراضیهم دیارهم فی الضفه الغربیه والغزه وغیرها من بلاد المسلمین کما ان علی الله الحجه البالغه .

۱۳۳۸۸/۱۰/۸ قمری

وفی عیون اخبار الرضا (ع) قیل له ان فی سواد الکوفه قوما" یزعمون ان النبی(ع) لم یقع علیه السهو فقال کذبوا لعنهم الله ان الذی لایسهو هو الله تعالی الذی لااله الاهو قیل وفیهم قوم یزعمون ان الحسین بن علی لم یقتل وانه القی شبهه علی حنظله بن اسعد الشامی وانه رفع الی السماء کما رفع عیسی بن مریم و یحتجون بهذه الایه ولن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلا" فقال کذبوا علیهم غضب الله ولعنه وکفروا بتکذیبهم النبی

فی اخباره بان الحسین سیقتل والله لقد قتل الحسین بن علی وقتل من کان خیر امن الحسین امیرالموٴمنین والحسن بن علی ومامنا الا مقتول وانی والله لمقتول ، باغتیال من یغتالنی اعرف ذلک بعهد معهود الی من رسول الله اخبربه جبرئیل عن رب العالمین بغیر حق فاما ـ قوله عزوجل ولن یجعل الله للکافرین علی الموٴمنین سبیلا" وانه یقول لن یجعل الله للکافرعلی موٴمن حجه ولقداخبرالله تعالی عن کفار قتلوانبیین بغیرحق ومعقتلهم ایاهم لن یجعل الله لهم علی انبیائه سبیلا من طریق الحجه .

فان الروایه وانکانت ضعیفه باشتمالها علی مالانقول به من سهو النبی وهوخلاف مذهبنا وان ذهب الیه الصدوق من علمائنا الا انه یویدان المراد من السبیل هوالاجتحاج لا السیطره والسلطان کما هو المراد به فی المقام من عدم سلطان الکافر علی المسلم وقد یترای من کلام غیرواحد من الاصحاب الاستدلال بالایه فی فروعات المسئله ولعله لاجل فهم العموم ولعل فی بعض الروایات اشاره الی مضمون الایه کماتقدم فی صحیحه محمدبن مسلم فلاخط .

****

ولوانتقلت زوجه الذمی الی غیر دینها من ملل الکفرو وقع الفسخ فی الحال ولوعادت الی دینها وهوبناء علی انه لایقبل منها الا الاسلام.

هذا بناء علی کون النسخه علی ماذکرناه والافبناء علی کونها علی مااحتمله فی الجواهر ان عباره المتن کانت زوجةالذمیة ای زوجه المسلم الذمیه نحوما فرضه العلامه فی المحکی من تذکرته من انتقال الکتابیه زوجةالمسلم الی التوثن وانما غیره النساخ فیکون حکمه غیرماذکر فی المتن بل یحکم ببقاء الزوجیه مع الدخول الی انقضاء العده فمع الاسلام فی العده یحکم ببقاء الزوجیه ومع عدمه ینفسخ بناء علی عدم جوازنکاح المسلم ابتداء غیر الکتابیه والفرض خروجها عن الدین الاول الی مالا یقبل منه ولوملة کتابیته، الا ان هذالاحتمال بعیدفی الغایه لعدم تعرض احدمن الشراح له ومجردالاحتمال لایوجب رفع الید عن ظاهرالعباره وکیف کان فالذی یمکن ان یستدل علیه امور.

منها قوله تعالی ومن یبتغ غیرالاسلام دینافلن یقبل منه وهو فی الاخره لمن الخاسرین آیه ۸۵ سوره آل عمران.

والمرادمنه عدم القبول فی الاخره بل یعاقب علیه ویدل علیه قوله وهوفی الاخره من الخاسرین ای من الهالکین لان الخسران ذهاب راس المال کمافی مجمع البیان وعلی فرض عمومیته لعدم القبول فی الدنیا واختصاصه بذلک فلا یدل علی فسخ نکاح الذمیه التی زوجها ذمی بمجردعدولها الی غیردینها الذی اقرت به ومع فرض

عدم الاعتراض لنا على نكاح اهل الذمه فيما بينهم لايفرق بين دين من انتقل عنه اوالى من انتقل اليه وعدم الاقرار على الدين الجديد لاينافي بقاء النكاح كما احتمله في الجواهر والادله الاتيه لاتدل على ازيد من عدم الاقرار بدينه الجديد واما انفساخ النكاح فلا يدل عليه دليل .

ومنها النبوي من بدل دينه فاقتلوه من جهه وجوب ان القتل يستلزم انفساخ النكاح كما في المرتد ـ وفيه ايضا ان وجوب القتل لايستلزم الانفساخ كالمرتد الملي الذي لاينفسخ نكاحه للمسلمه مثلا بعد الدخول الابعد عدم اسلامه الى انقضاء العده .

قال في القواعد لو انتقلت الذميه الى مالايقر اهله عليه فان كان قبل الدخول فسدو بعده يقف على انقضاء العده فان خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد وان قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقيا " ان رجعت في العده ولو انتقلت الى مايقر اهله عليه فكذلك ان لم نقرها عليه والاكان النكاح باقيا ـ فان قوله ولم يسلم الزوجان يقتضي الانفساخ وان كان الزوجان غير مسلمين بان كانا " ذميين فانتقلت الزوجته الى الوثن وكذا الكلام في الانتقال الى مايقر عليه اهله كما صرح به وعن كشف اللثام انه اطلق في التحرير فساد العقد في الحال اذا انتقلت الذميه زوجه الذمي الى غير دينها من ملل الكفر بناء على انه لايقبل منها الا الاسلام حتى الرجوع الى دينها وعباره التحرير هكذا ولو انتقلت زوجه الذمي لغير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ في الحال ولو عادت الى دينها فكذلك بناء

علی انه لایقبل منها الا الاسلام. وفی محکی الخلاف ایضا فرض المسئله بنحو ما سمعته عن المتن فان کان اجماع فی البین فهو المتبع والا فالمتبع القواعد والحکم بصحه النکاح وبقائه بحکم الاستصحاب ایضا" ولو لم یقبل منه الا الاسلام.

فاذا تنصر زوجه الیهودی مثلا فان قالوا بالبطلان عند الجهود مثلا فیوخذ بما اقروعلیه وان کان النکاح صحیحا بمقتضی قواعدنا فیمنع من الوطی واما اذا قالوا بالصحه فیوخذوا بما اقروا علی صحته وان کان باطلا علی اصولنا وفی الخلاف مسئله ۱۹ الجزیه اذا انتقل الذمی من دینه الی دین یقر اهله علیه مثل یهودی یصیر نصرانیا او نصرانی صار یهودیا" اومجوسیا" اقر علیه وبه قال ابوحنیفه الی ان قال دلیلنا ان الکفر کالمله الواحده بدلاله انه یرث بعضهم من بعض وان اختلفوا وعلیه اجماع الفرقه - ویقرب من ذلک مسئله ۱۰۴ کتاب نکاح الخلاف وقال فی کتاب الفرائض ۱۱۹ اختلف اصحابنا فی میراث المجوس الی ان قال الثالث انه یجوزان یورث بالامرین ای السبب والنسب سواء کان جایزا فی الشرع اولم یکن وهو الذی اخترته فی النهایه وتهذیب الاحکام وبهذا الذی اخترته اخیرا "قال علی(ع) وعمروعبدالله بن مسعود واهل الکوفه وابن ابی لیلی والثوری وابوحنیفه واصحابه والنخعی وقتاده الی ان قال وقد ذکرنا الروایه الصریحه عن ائمتنا علیهم اسلام بذلک فی تهذیب الاحکام وهی هذه باسناده عن محمدبن احمدبن یحیی عن بنان بن محمد عن ابیه عن ابن المغیره عن السکونی عن جعفرعن ابیه (ع)

عن علی(ع) انه کان یورث المجوسی اذا تزوج بامه وابنته من وجهین من وجه انها امه ومن وجه انها زوجته .

قال الشیخ بعد ذلک اختلف اصحابنا فی میراث المجوس انه یورث من جهته النسب والسبب معا سواء کانا مما یجوز فی شریعه الاسلام اولا یجوز والذی یدل علی ذلک الخبر الذی قدمناه عن السکونی وما ذکره بعض اصحابنا من خلاف ذلک لیس به اثر عن الصادقین بل قالوه لضرب من الاعتبار وذلک عندنا مطرح بالاجماع وایضا ان هذه الانساب والاسباب جایزه عندهم ویعتقدون انها مما یستحل به الفروج فجری مجری العقد فی شریعه الاسلام الاتری الی ماروی ان رجلا سب مجوسیا " بحضره ابی عبدالله فزبره ونهاه عن ذلک فقال انه تزوج بامه فقال اما علمت ان ذلک عندهم النکاح . .

وقد روی ایضا انه قال ای کل قوم دانوا بشی یلزمهم حکمه .

وصحیح محمد بن الحسن عن ابی جعفر قال سالته عن الاحکام قال تجوز علی اهل کل ذی دین بما یستحلون .

وفی روایه علی ابن ابی حمزه عن ابی الحسن(ع) انه قال الزموهم بما الزموا به انفسهم .

قال فی الوافی بعد نقل ماروااه السکونی ـ بعد ورود هذا النص وما مضی فی کتاب النکاح ان من کان بدین قوم لزمته احکامهم ولا وجه لما نقل فی الکافی عن یونس وابن شاذان قدسره وافتی به فی الفقیه وتبعهم جماعه ممن تاخر عنهم علیهم السلام علی طبقه وهو ان المجوس انما یرثون علی نسب دون النکاح الفاسد وقد بین ما قلناه

فی التهذیبین وصحیحه ابی بصیر عن ابی عبدالله علیه السلام قال کل قوم یعرفون النکاح من السفاح فنکاحهم جایزه وفی الفقیه و قال علیه السلام من کان یدین بدین قوم لزمه نکاحهم .

وبهذا کله ظهر لک انه لابد من الاخذ بما یکون عندهم صحیحا " وانکان عندنا باطلا" وترتب احکامه علیهم واخذهم بما اخذوا به من الاحکام راجع اخر کتاب الارث من الوسائل وفی المستدرک ایضا ما یدل علی المقصود وفی باب طلاق المخالف فی روایه عبدالله بن طاوس عن ابی الحسن الرضا انه من دان بدین قوم لزمه احکامهم راجع باب ۳۹ من ابواب المقدمات والشروط من الطلاق .

****

اذا اسلم الذمی علی اکثرمن اربع من المنکوحات بالعقدالدائم استدام اربعا" من الحرائر او امتین وحرتین .

وفی الخلاف اذا تزوج الکافر باکثرمن اربع نسوه فاسلم اختار منهن اربعا" سواء اسلمن اولم یسلمن اذاکن کتابیات فان لم یکن کتابیات مثل الوثنیه والمجوسیه فان اسلمن معه اختارمنهن اربعا" وان لم یسلمن لم تحل له واحده منهن سواء تزوجهن بعقد واحد اوبعقد بعد عقد فان له الخیار فی ایهن شاء وبه قال الشافعی ومحمدبن الحسن وقال ابوحنیفه وابو یوسف انکان تزوجهن بعقد واحد بطل نکاح الکل ولایمسک واحده منهن وان تزوج واحده بعداخری اواثنتین اثنتین اواربعا" اربعا" یثبت نکاح الاربع الاول وبطل نکاح البواقی فلیس للزوج عنده سبیل الی الاختیار ، دلیلنااجماع الفرقه واخبارهم وروی الزهری عن سالم عن ابیه ان غیلان بن سلمه الثقفی اسلم وعنده عشره نسوه فقال له النبی(ع) امسک اربعا" وفارق سائرهن وفی روایه اخری امره النبی ان یختار منهن اربعا" ویفارق البواقی وهذا نص انتهی .

ویردعلی ابی حنیفه واتباعه مخالفه قولهم لقاعده الاقرار المقتضیه لعدم وجوب الفحص والبحث عن کیفیته وقوع نکاحهم و مضافا الی اصل الصحه بعدم فحص النبی بعداسلام واحدمنهم عن کیفیته وقوع العقد کمافی قضیه غیلان بن سلمه وغیره .

قیل ولوشرطنا فی نکاح الامه الشرطین توجه انفساخ نکاحها اذا جامعت حره تحصل حاجته منها لقدرته علیها المنافیه لنکاح الامه

الا ان المحکی عن ط والتذکره الاجماع علی اختصاص المنع بصوره الابتداء دون الاستدامه لکنه علی فرض عدم تمامیه الاجماع کما لا یبعد المتبع هو اطلاق دلیل المنع علی حسب غیره من الممنوع من غیر فرق بین الابتداء والاستدامه فیعتبر الاستدامه ابتداء ویترتب علیه حکمه ، ویویده الاخبار الوارده فی الجمع بین الاختین فانه لابد من التفریق سواء کان واقعا " فی زمن الاسلام او الکفر کما امر البنی القیرون الدیلمی لما اسلم عن اختین باختیار احدهما وترک الاخر ، لعدم الفرق بین الابتداء والاستدامه ولیعلم ان الادله من الاخبار والضروره بین المسلمین قامت علی المنع بعد الاسلام والافمجال الخدشته فی اتحاد حکم الابتدا والاستدامه واضح فمالم یقم دلیل علی الاتحاد لایمکن الاخذ به کما سیاتی فی المباحث الاتیه ایضا ".

ولافرق فیما ذکر من التخییر بین من ترتب عقدهن واقترن ولا بین اختیار الاوائل والاواخر ولابین من دخل بهن وغیرهن ولایشترط فیه اسلامهن لما عرفت من جواز نکاح الکتابیات فله الخیار فی الکتابیات علیه ولایوجب ذلک نکاح المسلمات الا انه الاولی لشرف الاسلام وقیل بتعین المسلمات کما ذکره فی الریاض وقال انه احوط ، کما انه لومات بعض النساء قبل الاختیار فالحق بقاء التخییر بین الاحیاء والاموات والثمره تظهر فی الارث وغیره من الاحکام کما سیاتی ویدل علی اصل الحکم مضافا الی ماتقدم روایه عقبته بن خالد عن ابی عبدالله (ع) فی مجوسی اسلم وله سبع نسوه واسلمن معه کیف یصنع قال یمسک اربعا ویطلق ثلثا .

وفي الوسائل يطلق مخففه عن الاطلاق او مشدده والطلاق لغوى لا شرعى اى يفارق ثلثا ويخلى سبيلهن انتهى. والروايه ضعيف السند واخص موردا" من الدعوى الا انهم اعترفوا بجبر السند بفتوى الطائفه وان كان فيه مالايخفى.

نعم يمكن ان يقال ان الحكم فى الاسلام هوالاخذ بالاربع وترك ما عداه سواء كان المسلم مجوسيا" اوكافرا" من اهل الكتاب او وثنيا" اذاكانت ازواجه كتابيات واما اذاكانت وثنيات فيحكم بالانفساخ مع عدم الدخول ومعه انتظر اسلامهن فى العده لعدم جواز نكاح المشركات كما تقدم البحث فيه.

وعن الجعفريات اخبرنا عبدالله اخبرنا محمدحدثنى موسى قال حدثنى ابى عن ابيه عن جده جعفر بن محمد عن ابيه عن جده عن على عليه السلام فى الرجل يكون له اكثرمن اربع نسوه فى الشرك ويسلم ويسلمن اويكون عنده اختان ويسلم فتسلمان قال يختار منهن اربعا الاولى فالاولى واما الاختان فالاولى منهما امرئته.

وعن دعائم الاسم عن على عليه السلام انه قال فى المشرك يسلم وعنده اختان حرتان اواكثرمن اربع نسوه حرائر قال يترك له التى نكح اولا من الاختين والاربع حرائر الاولى وتنزع منه الاخت الثانيه وما زادعلى اربع حرائر وتقدم منا مرارا" عدم كون ما يرويه الدعائم روايه بل هومضمون الروايه وفتواه.

وعن عوالى اللئالى فى حديث ان غيلان بن سلمه الثقفى اسلم وعنده عشرمن النساء فقال له النبى(ص) اخترا ربعا منهن وفارق سائر هن.

والروايه الاخيره موافق لمااختاره المشهوروالاولتين لم يفت بمضمونهما الاصحاب الا انه الاولی کماتقدم وفی مسئله الا ختين ايضا اذا لم يکن اسلام احدهما قبل الاخر فالحکم بالتخيربينهما ، واما مع تقدم ايمان احديهما فالمتعين هوالاخذبها وترک الاخری وانکانت متقدمه فی التزويج .

قديقال والروايه الاخيره حيث وردت فی موردخاص وغيلان بن سلمه فلم يعلم کيفيه نسائه العشراهی کانت کتابيات اووثنيات او مختلفات اومن العناوين المحرمه عينا اوجمعا " فلا بدمن الاقتصار فيها علی المتقين وهوما اذاکانت ازواجه کتابيات ولم تکن من العناوين المحرمه عينا لاجمعا فيشکل الحکم بالتخيربين الوثنيات لواسلمن فی العده اوکن من العناوين المحرمه جمعا " لاعينا لعدم دليل يدل علی التخيير مطلقا الا ان يقال ان روايه عقبه وارده فی المجوسی وهم يجيزون نکاح المحرمات جمعا " کالاختين فعدم التفصيل فيه يوجب الاخذ باطلاقها وروايه الجعفريات ايضا فی الرجل المشرک وغالب نسائهم المشرکات وکما لايخفی .

ويمکن ان يقال ان غيلان بن سلمه کان مشرکا من الثقيف فی الطائف بعد فتحه کماذکره فی اسدالغابه بقوله ان غيلان بن سلمه الثقفی اسلم وعنده عشر نسوه فی الجاهليه فاسلمن معه فامره النبی (ص) ان يتخيرمنهن اربعا " وهواحدوجوه الثقيف ومقدميهم وهو ممن وفدالی کسری وخبره معه عجيب قال له کسری ای ولدک احب اليک قال الصغير حتی يکبروالمريض حتی يبروالغائب حتی يقدم فقال کسری

مالک ولهذا الکلام وهوکلام الحکما وانت من قوم جفاه لاحکمه فهیم فما غذائک قال خبزالبر قال هذا العقل من البرلامن اللبن والتمر وکان شاعرا محسنا" وتوفی فی اخر خلافه عمربن الخطاب فالرجل من مشرکی الطائف من بنی ثقیف وغالب نسائهم المشرکات فاذا اسلم اسلمن معه بمقتضی هذه الروایه فامره النبی ان یتخیرمنهن اربعا وبملاحظه عدم تزویج اهل الکتاب اکثرمن واحده فلا بدمن حمل الروایات الوارده علی الوثنیات والمشرکین دون اهل الکتاب وهو القدرالمتیقن من الروایات دون الحمل علی اهل الکتاب وفی الاصابه انه سجد للکسری اذا سمع صوته فهو ایضا من عادات المشرکین وقد قیل انه احد من نزل فی حقه علی رجل من القریتین عظیم کما فی الاصابه فراجع فاذن لایبقی شک فی کونه احدمشرکی العرب.

مع انه یمکن استفاده التخییر من الروایات بقرینه ان السئوال عن حکم الاکثر مع فرض اسلامهن معه دال علی انه لامانع من صحه النکاح الازیاده العدد فیستفادمن الحکم بالتخییر فی الجواب انه کلمالم یکن هناک مانع عن صحه النکاح الازیاده العدد فللزوج التخییر فی الامساک وترک الزیاده .

ثم انه لافرق فیما ذکر بین ما اذاکن من العناوین المحلله و اوالمحرمه عینا اوجمعا للاطلاقات المتقدمه الداله علی لزوم اقرار الکفار علی مذهبهم فی الاحکام الوضعیه فمع تزویج الاختین یختار احدیهما فی حال اسلامه من دون احتیاج الی عقد جدید وکذا مع العقد علی الام والبنت یختار واحده منهما واستصحاب صحه نکاحهن قبل

الاسلام بمقتضی الاقرار قاض بذلک فبالاستصحاب یحرز صلاحیه کل واحده منها للبقاء علی الزوجیه من غیر جهه العدد او الاجتماع. اللهم ان یقال بعدم الاطلاق فی الادله فانها بصدد بیان مانعیه ما فوق الاربع ولیست بصدد بیان امر آخر او مانعیه العدد حتی یوخذ باطلاقها کما سیاتی. نعم مع الدخول باحدیهما ینفسخ النکاح لعروض المبطل فان ترتب الاثر علیه قبل الاسلام لاینافی الحکم بالفساد بعده لکون المفسد مستمرا لعدم جواز الاقرار علیه معه ضروره کونه کالمسلم الذی یعرض لنکاحه الصحیح ذلک فیفسده فان استدامه صحه نکاح الکافر المقر علیها لاتزید علی استدامه نکاح المسلم الصحیح - فمع صدق عنوان امهات النساء والربیبه المدخول بامها بالرضاع مثلا یعرض البطلان فالاستدامه فی الکافر ایضا کذلک فمع الدخول بهما حرمتا علیه ابدا واما مع الدخول باحدیهما حرمت الاخری وان لم یکن وطی واحده منهما تخیر فی اختیار ایتهما شاء.

ومجمل القول فیه اما ان یدخل بکل منهما فالنکاح باطل فتحرمان معا اما الام فللعقد علی البنت فضلا" عن الدخول بها واما البنت فللدخول بالام فیسقط الاختیار واما مع الدخول بالام خاصه فانها ایضا کذلک لما عرفت واما مع الدخول بالبنت خاصه فالام تحرم للعقد علی البنت فضلا" عن الدخول المفروض فی المقام واما البنت فنکاحها صحیح فان العقد علی الام لایوجب حرمه بنتها علی العاقد الامع الدخول بالام واما مع عدم الدخول بواحده منهما فیختار ایتهما شاء بناء علی مختار الشیخ فی الخلاف والمبسوط واما المشهور بین المتاخرین فحرمه الام خاصته.

(فی تکلیف الکفار بالفروع)

هذا کله بناء علی کونهم مکلفین بالفروع الوضعیه کالمسلمین کما سیاتی البحث فیه.

والظاهر فی ذلک عدم الفرق بین کون المفسد باقیا" کما اذا عقد فی العده ثم اسلم قبل خروجها اوجعل فیه الخیار ثم اسلم فی مده الخیار وبین مالم یکن کما اذا اسلم فی المثالین بعد خروج العده ومده الخیار فانه یحکم بالزوجیه فی کلتا الصورتین فان وجود المانع فی الاولین وزواله فی الاخیرین لایوجب الحکم بالصحه ومقتضی الاقرار علی صحه ما فی ایدیهم یوجب الحکم بالصحه من غیر فرق بین بقاء المفسد وعدمه وعلی فرض کونهم مکلفین لابد من الحکم بالبطلان فی الجمیع الا انهم حکموا بالصحه من غیر تفصیل کما فی نکاح الازید من الاربع فان المفسد هو نکاح الخامسه وان کان فی زمن الکفر الا انها بحکم الزوجه ولو بعد الاسلام فلذا یحکم علیه باختیار اربعه من الخمسه وکان له الخیار فی امساک الاوائل او الاواخر فاذا کان مکلفا" بالاحکام الوضعیه فلابد علیه من اختیار الاوائل ویقع عقد الخامسه باطلا الا انه یقر علیه بالصحه فی حال کفره فاذا اسلم فلا یحکم بصحتها فعلیه الاخذ بالاوائل الا انهم لم یتلزموا بذلک فی کلماتهم ومن ذلک ثمن الخمر الموجود حال اسلامه فانه سحت بالنظر الی المسلمین الا انهم یحکمون بالملکیه وکلماتهم فی ذلک مضطربه لایحکمون بملاک واحد فی کل مکان فلابد من الرجوع

الی مدارکهم بحسب الوسع حتی یتضح المقال بالنسبه الی الاقوال وقدیقال بالصحه مالم یکن المفسد مستمرا" فانه لایقر علیه ح بعدالاسلام ضروره کونه کالمسلم الذی یعرض لنکاحه الصحیح ذلک فیفسد به فان استدامه صحه نکاح الکافر المقر علیها لاتزیدعلی استدامه نکاح المسلم الصحیح.

فهل هم مکلفون بالفروع کماهوالمشهور بینهم وکذابین العامه الاعن ابی حنیفه والمنقول عن الامین الاسترابادی فی الفوائد المدنیه والفیض فی الوافی وتفسیره الصافی خلاف ذلک قال فی الاول بعد نقل صحیحه زراره التی سیاتی وفی هذاالحدیث دلاله علی عدم کون الکفار مکلفین بشرایع الاسلام کماهوالحق خلافا" لما اشتهر بین متاخری اصحابنا وقال فی الصافی فی تفسیرقوله تعالی وویل للمشرکین الذین لایوتون الزکاه وهم بالاخره هم کافرون القمی عن الصادق اتری ان الله عزوجل طلب من المشرکین زکوه وهم بالاخره هم کافرون القمی عن الصادق اتری ان الله عزوجل طلب من المشرکین زکوه اموالهم وهم یشرکون به حیث یقول وویل للمشرکین الخ . قیل جعلت فداک فسره لی فقال ویل للمشرکین الذین اشرکوا بالامام الاول وهم بالائمه الاخرین کافرون انما دعی الله العباد الی الایمان به فاذا آمنوا بالله وبرسوله افترض علیهم الفرائض .

اقول هذاالحدیث یدل علی ماهو التحقیق عندی من ان الکفار غیر مکلفین بالاحکام الشرعیه ماداموا باقین علی الکفرانتهی ما نقلناه

عن الصافی بعین عبارته .

ومن المخالفین صاحب الحدائق فی الدرر النجفیه وفی کتابی الطهاره والنکاح من الحدائق قال فی الجواهر فی شرح عباره الشرایع (تفریع الغسل یجب علی الکافر عند حصول سببه) ما لفظه علی نحو المسلم کسائر الفروع بعموم ما دل علی التکلیف بها ولا یمنع من ذلک عدم التمکن من الصحیح حال الکفر لان ما بالاختیار لاینافی الاختیار علی ان الایمان من شرائط الوجود التی یجب علی المکلف تحصیلها فلا مانع من التکلیف حال عدمها مع التمکن منها وخلاف ابی حنیفه ضعیف کما بین فی محله انتهی .

وفی الخلاف کتاب الصدقات (المسئله الاولی) الکفار عندنا مخاطبون بالعبادات الصلوه والزکوه والصوم والحج وبه قال اکثر اصحاب الشافعی وقال شذاذ منهم واختاره الاسفراینی انهم لیسوا مخاطبین بالعبادات الابعد ان یسلموا وبه قال العراقیون دلیلنا ما قلناه فی اصول الفقه وانما ذکرنا هذا الخلاف ههنا لان اباحامد ذکره فی تعلیقه فی هذا الموضع والا فموضع هذا کتاب اصول الفقه لافروعه ویدل علیه قوله تعالی ما سلککم فی سقر قالوا لم نک من المصلین ولم نک نطعم المسکین وقال لاصدق ولاصلی ولکن کذب وتولی فذمهم علی ترک الصلوه وترک الزکوه واستوفینا هذه المسئله هناک فلاوجه للتطویل بذکرها .

وقال فی العده ص ۷۱ فصل فی ان الامر یتناول الکافر والعبد کما یتناول المسلم والحر ذهب اکثر المتکلمین والفقهاء الی

ان الكافر مخاطب بالشرايع وكذلك العبد وقال قوم شذاد ليسوا بمخاطبين بها والذي اذهب اليه هو الاول والذي يدل عليه ان المراعي في كون المكلف مخاطبا" بالشريعه ان يرد الخطاب على وجه يتناول ظاهره ويكون متمكنا من ذلك فاذا ثبت هذا فمتى ورد الخطاب يحتاج ان ينظر فيه فان كان خطابا للموءمنين اختصهم واما اذا كان بعنوان يتناول الموء من والكافر مثل قوله يا ايها الناس ولله على الناس وخذمن اموالهم وما جرى مجرى ذلك فينبغي ان يحمل على عمومه ثم اجاب عن عدم امكان صحه العباده منهم بحسن التكليف وامكان تحصيل مقدماته بما يرجع الى ان الامتناع بالاختيار لاينافي الاختيار وبعد الاستدلال بالروايات السابقه قال ويدل عليه ايضا" اجراء حد الزنا والسرقه عليهم والالم يجب كما لايجب على المجانين والاطفال انتهى ملخصا.

والظاهر من جميع ذلك كونهم مكلفين بالاحكام التكليفيه من الصلوه والصوم والذكوه وغيرها والكلام في المقام انما هو في كونهم مكلفين بالاحكام الوضعيه كالتكليفيه اولا.

واما النجاسات فالظاهر من كلماتهم الحكم بالتطهير مع وجود الاثر وهو مما لااشكال فيه واما مع زوال الاثر والعلم بنجاسته الموضع فالظاهر انه كالسابق واما احكام الضمانات فلا اشكال فيه بعد اطلاق ادلتها من قاعده اليد والاخبار الاخر نعم اذا دل دليل على خصوصيه فيهم فلابد من الاخذ بها.

ومما استدل على عدم كونهم مكلفين بالفروع مارواه في الكافي

صحیحا عن زراره قال قلت لابی جعفر (ع) اخبرنی عن معرفه الامام منکم واجبه علی جمیع الخلق فقال ان الله تعالی بعث محمدا "(ص) علی الناس اجمعین رسولا" وحجه لله علی خلقه فی ارضه فمن آمن بالله ومحمد رسول الله (ص) واتبعه وصدقه فان معرفه الامام منا واجبه علیه ومن لم یوء من بالله ورسوله ولم یتبعه ولم یصدقه ویعرف حقهما فکیف یجب علیه معرفه الامام وهو لایومن بالله ورسوله ویعرف حقهما الحدیث .

ففی الحدائق بعد نقله قال والحدیث صحیح صریح فی المدعی والتقریب فیه انه اذا لم یجب علیه معرفه الامام الحامل للشریعه والمستودع احکامها فبالطریق الاولی لایجب علیه القیام بتلک الاحکام ولاتعرفها ولا الفحص عنها التی هی لاتوخذ الامنه وهذا بحمد الله واضح لاخفاء علیه .

والحق ان یقال ان هذه الصحیحه علی خلاف مقصوده ادل فانه قال فی صدره ان الله تعالی بعث محمدا " علی الناس اجمعین رسولا و حجه لله علی خلقه فی ارضه فلو لم یکن مکلفین لکان ارساله تعالی له علی جمیع الناس لغوا " محضا فهم مکلفون بما جاء به محمد من جمیع الاحکام الشرعیه الاصلیه والفرعیه نعم وجوب معرفه الامام متاخره عن وجوب معرفه الرسول فلابد علی الکفار من الفحص والتفتیش حتی یصلوا الی الحق من الاعتراف بنبوه نبینا والاحکام الدینیه التی تتفرع علیه ومن الواضح ان القول بعدم الفحص مطلقا علی الکفار یخالف ضروره الفقه بل ضروره الاسلام - فلا یکون

هذه الروایه صریحه فی مدعاه مع کونها خلاف ما دلت علیه الایات السابقه من اظهار اسفهم یوم القیمه علی ترک الصلوه والزکوه وغیرهما من الاحکام .

ومن الروایات مارواه الثقه الجلیل علی بن ابراهیم القمی فی تفسیره عن الصادق فی قوله تعالی (وویل للمشرکین الذین لایوتون الزکوه وهم بالاخره کافرون) قال علیه السلام اتری ان الله تعالی طلب من المشرکین زکوه اموالهم وهم مشرکون به حیث قال وویل للمشرکین الذین لایوتون الزکوه وهم بالاخره هم کافرون انما دعا العباد الی الایمان فاذا آمنوا بالله ورسوله افترض علیهم الفرض .

والظاهر منها ایضا کسابقتها من الدلاله علی کونهم مکلفین فکیف لا یکون کذلک والحال انهم مدعوون الی الایمان والی الانقیاد بالاحکام فلو لم یکونوا مکلفین لما کان الدعوه الی الاسلام والایمان واجبه وقد ذمهم الله تعالی بمنعم الزکوه والذم انما هو مع الفراغ عن کونهم مکلفین بذلک والغرض من افتراض الفرض علیهم انما هو من جهت التنجز والا فالاحکام کلها فعلیه بالنسبه الی کافه الناس اجمعین .

ومنها ماروا ه فی الاحتجاج فی حدیث الزندیق الذی جاء الی امیرالموءمنین (ع) مستدلا بای من القرآن علی تناقضه و اختلافه حیث قال (ع) فکان اول ما قیدهم به الاقرار بالواحدنیه والربوبیه وشهاده ان لا اله الا الله فلما اقروا بذلک تلاه بالاقرار لنبیه صلی الله علیه وآله بالنبوه والشهاده بالرساله فلما انقادوا لذلک

فرض علیهم الصلوه ثم الصوم ثم الحج الحدیث .

وهذه الروایه ایضا ادل علی خلاف مقصود صاحب الحدائق فانهم مکلفون بجمیع الاحکام فلذا یدعو صلی الله علیه وآله علی الاقرار بالواحدانیه اولا والنبوه ثانیا والصلوه والصوم والحج فان مراتب الدعوه مختلفه فانها مستدرجه لانهم مکلفون بعد الاقرار بالنبوه بالصلوه اولا وبالصوم ثانیا وبالحج ثالثا فانه رحمه الله ایضا " لایلتزم بذلک فکیف بنا والذی دعاه الی ذلک حتی شدد النکیر علی علماء الاسلام انما هو، اعوجاج الطریقه وعدم الاعتناء بارائهم وفهمهم حتی اوقعه ذلک فی ورطه عجیبه من عدم الاعتناء بظاهر هذه الروایات والله الموفق وعلیه التوکل فی الشده والرخاء .

+****×

(فی عدم اجبار الزوجه الکافره علی غسل الجنابه)

ولو لم یزد عددهن علی القدر المحلل کان عقدهن ثابتا بلاخلاف ولا اشکال فی ذلک الا ان یشتمل بما یحرم علیه عینا کما سیاتی

ولیس للمسلم اجبار زوجته الذمیه علی الغسل لان الاستمتاع ممکن من دونه ولو اتصفت بما یمنع الاستمتاع کالنتن الغالب وطول الاظفار المنفر کان له الزامها بازالته وله منعها من الخروج الی الکنائس والبیع کما له منعها من الخروج من منزله وکذا له منعها من شرب الخمر واکل لحم الخنزیر واستعمال النجاسات .

وعن الصدوق المنع من الاستمتاع حتی تغتسل بعد انقطاع الدم فانها حینئذ تجبر علیه لتوقف الاستمتاع علیه والمراد ح ایقاع صوره الغسل لکنه خلاف المشهور فلا تجبر علیه سواء کان حیضا "او جنابه اوغیرهما لعدم توقف الاستمتاع علیه وکونها مقره علی دینها مع عدم صحه الغسل بناء علی الاجبار فانه صوره الغسل لاهو بنفسه بل المتجه ح استمرار الحرمه علیه حتی توء من ضروره عدم رفع حکم حدث الحیض المفروض منعه بالغسل الفاسد ودعوی قیام صوره الغسل مقامه مما یحتاج الی دلیل .

والذی یستفاد من جمیع ذلک عدم کون شیی منها مانعا من الاستمتاع فله السلطنه علی ازاله ما یمنعه کما فی المسلمه من غیر فرق فی ذلک والمنفر ایضا کذلک بل الاقوی منعها عما ینقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التی هی کذلک ومن اکل الثوم والبصل والکراث

ونحوها.

وعن العلامه فی التحریر جواز الوطی قبل الغسل من الحیض اوالنفاس عند انقطاعهما ولوقلنا بالمنع فی المسلمه فکذا ههنا فیلزمها الغسل وان لم یصح منها النیه تحصیلا لحق الادمی وان تعذر تحصیل حق الله تعالی وکذالوکانت مسلمه مجنونه فانه یجبرها علی الغسل وان لم یصح منها النیه واما الغسل من الجنابه فالاقرب انه لیس له اجبارها علیه والحاصل ان کل ما یمنع من الاستمتاع فله اجبارها علی ازالته وکل ما یمنع من کمال الاستمتاع ففی اجبارها علیه نظروما لا یمنع منه ولامن کماله فلیس له اجبارها علیه فطول شعراليدين والاظفار ان منع من الاستمتاع اجبرت علی ازالته والا فلاوله منعها من البیعه والکنیسته والخروج من بیتها وشرب الکثیر من الخمر وفیما دون الاسکار احتمال فلوکانت مسلمه وارادت شرب النبیذ علی مذهب الحنفی منعت وفی منع الکافره من اکل لحم الخنزیر احتمال قوی الشیخ عدم المنع وکذالیس له منع المسلمه عن اکل الثوم والبصل واشباههما وله منع المشرکه من لبس جلد المیتته ومن النجاسات التی یتعدی الیه.

وانت خبیر بعدم دلیل واضح علی بعض الفروعات المذکوره کما عرفت فی الاجبار علی الغسل والکلام فی المقام انما هو بالنظر الی حق الزوجیه المقتضیه علی السلطنه علی اجبارها علیه بحیث لولم تفعل یتفرع علیه النشوز فشرب الخمر واکل لحم الخنزیر الغیر المانعین من الاستمتاع ولامن کماله وغیر المنفر مطلقا ولو کان

محرما فی شرعنا وجائزا" عندشرعهم لایوجب السلطنه علی الزوجه کما فی المسلمه التارکه لصلوتها وصومها والاکله لحم الخنزیر والشاربه للخمر الذی لایمنع کل ذلک من الاستمتاع فی شیی .

نعم المنع من ذلک کله من باب الامر بالمعروف انما هوفی حق المعترف بذلک لافی حق الذمیه التی یجوزلها ارتکابها فی شرعها بالاقرار علیها - بناء علی ظاهر شرعهم الاتیان بها بمقتضی الاقرار علیهم فی ذلک .

نعم صحیح معویه بن وهب وغیره جمیعا عن ابیعبدالله (ع) فی الرجل المؤمن یتزوج الیهودیه والنصرانیه فقال اذا اصاب المسلمه فمایصنع بالیهودیه والنصرانیه فقلت له یکون له فیها الهوی قال ان فعل فیمنعها من شرب الخمر واکل لحم الخنزیروا علم ان علیه فی دینه حضاضته ورواه الصدوق باسناده عن الحسن بن محبوب نحوه .

وکان هذه الروایه اوجب المحقق وعده من المتاخرین الافتاء بمضمونها من غیر بحث فی ذلک انه هل هو من باب حق الزوجیه او غیره الا ان الظاهر من کلماتهم ان المنع من باب حق الزوجیه ولذا فرع علی نقل الروایه فی کشف اللثام التعلیل بالنفره کما ان فیه عن المبسوط ان قدرما یسکرله منعها والقدر الذی لایسکر قیل فیه قولان وان اکلت لحم الخنزیر قیل فیه قولان اقویهما ان لیس له ذلک ای زوجه کانت مسلمه اومشرکه بل فیه عنه انه قوی عدم المنع له عماینقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التی هی کذلک

ومن اکل الثوم والبصل والکراث ونحوها انتهی .

فانت خبیر بان ذلک فیه من باب کونها مانعه من الاستمتاع اوکمالها فیکون للزوج المنع من ذلک کله کماله المنع من المسلمه من غیر فرق فی ذلک بینهما ـ ومن المعلوم عدم الدلیل علیه من حیث حق الزوجیه والصحیح المذکور لایدل علی المنع من جهته حق الزوجیه ـ بل یحتمل قویا انه من باب المصلحه فی منع شرب الخمر واکل لحم الخنزیر فانهما بل وجمیع المحرمات مبغوضیته عندالشارع فلو توقف الانتهاء عن ذلک کله علی المنع من غیر ترتب شیی علیه من المفاسد فلابد من المنع والنهی کما انه اذا توقف عود الذمی من دینه الی الاسلام علی مجرد الدعوه فالظاهر لزوم ذلک فان الدین عندالله الاسلام وجمیع الواجبات والمحرمات تشمل کافه الناس من غیر اختصاص بالمسلمین کما تقدم فمع امکان المنع من شرب الخمر واکل لحم الخنزیر فلا بدله من ذلک ولا وجه لحمل الامر فی ذلک علی نوع من الارشاد ـ او ـ احتمال ان یکون المراد من الامر فیه فی ذلک برضاها اوباشتراط فی عقدنکاح ونحو ذلک کما فی الجواهر فان ذلک کله خلاف مقتضی الامر الظاهر فی المولویه الا ان یدل دلیل علی ذلک .

ومن ذلک کله یظهر ان المنع لیس شرطا فی صحه النکاح بحیث لولم یمنعها یکون فاسدا " کما توهم فان غایه ما یستفاد منه انما هو التکلیف لیس الا.

وبالجمله بعدکون الخمرولحم الخنزیر وغیرهما من المحرمات

مبغوصا عندالشارع وبالنظر الی احکام الاسلام فالاقرارعلیه من باب الالتزام بشراط الذمه من باب الظاهروالعناوین الثانویه و لا فالاصل فیهما الحرمه فمع الامکان لاحرمه فی المنع حتی فی صوره اتلافهما علی الذمی الا انه لابدمن الضمان لکونه اتلافا للمال علی الذمی کما صرح بذلک کله فی باب الغضب فاخذ الخمر من یدالکافر الذمی الملتزم بشرائط الذمه لایکون من ارتکاب المحرم.

***

(في مباحث الاختيار)

المقصد الثاني في كيفيه الاختيار وهو اما بالقول الدال على الامساك كقوله اخترتك وامسكتك وما اشبهه ولو رتب الاختيار ثبت عقد الاربع واندفع البواقي ولو قال لما زاد عن الاربع اخترت فراقكن اندفعن وثبت نكاح البواقي.

والظاهر عدم الفرق بين كون الاختيار باللفظ الدال عليه صريحا مثل اخترتك او اخترت تقرير نكاحك او انت مختاره او امسكتك الى غير ذلك او الدال عليه كنايه وهو ما يدل على الاختيار بالالتزام كما لو كان عنده ثمان وفسخ نكاح اربع منهن فانه يدل بالالتزام على بقاء زوجيه البواقي وان لم يتلفظ بشي في حقهن وهو المراد بقوله في المتن (ولو قال لما زاد عن الاربع اخترت فراقكن اندفعن) فان ثبوت نكاح البواقي بالالتزام لا الصراحته وعن الشهيد في المسالك وينبغي ان يكون اخترتك وامسكتك من قسم الكنايه حيث لم يصرح باراده النكاح لكنه يرد عليه ان المراد من الاختيار في المقام هو معناه العرفي وهو اختيار بقاء نكاح الزوجه وهو صريح في المقصود والامساك ايضا كذلك .

وفي الجواهر عن بعض الشافعيه ان ما لم يذكر فيه لفظ النكاح كنايه وهو ايضا ضعيف بل يمكن ان يقال ان قوله اخترت نكاحك من الكنايه فان المراد من اختيار النكاح هو ابقائه لا احداثه فلا يدل صريحا على ابقاء النكاح بل بالالتزام .

ثم انه لو رتب الاختیار ثبت عقد الاربع الاول وانه مع عقد البواقی لاستیفائه بذلک العدد المشروع کما هو المفروض ولو حصر الاختیار فی الستة او الخمسة اندفع البواقی اولا وما فوق العدد بالاختیار کما هو ظاهر.

ولو قال لما زاد عن الاربع اخترت فراقکن اندفعن وثبت نکاح البواقی والذی لابد منه انما هو انشاء فراق ما زاد عن الاربع من دون احتیاج الی انشاء ابقاء نکاح الاربع لکون العقد الاول مقتض تام فی بقاء النکاح.

واما لو قصد بالفراق الکنایة عن الطلاق وقلنا ان الکنایة عنه مثله فی الدلالة علی النکاح ثبت عقد المراد طلقهن وان لم یقع بهن طلاق بناء علی القصد الضمنی فی امثال المقام واما اذا کان الارادة قد تعلقت بعنوان الطلاق بالکنایة بحیث لو لم یقع لا یقصد شیئاً وراء ذلک فان دلالة ذلک علی بقاء النکاح تامل لعدم القصد الی ذلک اصلا نعم لو کان قصده الی الطلاق کاشفا عن ثبوت النکاح سابقا کان عقد المراد طلاقهن ثابتاً بذلک وان لم یقع طلاق وبذلک یثبت فراق البواقی .

ثم ان مجرد الرضاء النفسانی والارادة فی تحقق اختیار ایتهن شاء من دون صدور قول منه او فعل او تجزم وبناء لایکفی فان مجرد الرضاء علی الاختیار او ارادة الاختیار لا یسمی اختیاراً بل المراد منه انما هو البناء القلبی والمیل النفسانی الجزمی باحد الطرفین بحیث لو سئل عنه لکشف عن مختاره باللفظ او الفعل الدالین علیه ففی

الحقیقه لیس الاختیار قولا اوفعلا بل هما کاشفان عن الاختیار ففی الحقیقه هوالعمل النفسانی الباطنی الکاشف عنه الفعل اوالقول. ولیس فی البین اجماع اوشهره علی خلاف ذلک نعم لابد من اثبات الاختیار من الکاشف فی الدعاوی فلولم یکن له مظهرلما یمکن اثبات الادعاء ولایقبل منه ذلک لمجردالدعوی .

****

ولوقال لواحده طلقتک صح نکاحها وطلقت وکانت من الاربع ولو طلق اربعا اندفع البواقی وثبت نکاح المطلقات ثم طلقن بالطلاق لانه لایواجه به الا الزوجه اذموضوعه ازاله قیدالنکاح .

هذااذالم یعلم اولم یقم قرینه علی اراده الفراق من الطلاق کما فی قضیه فیروزالدیلمی وقداسلم علی اختین لقوله صلی الله علیه وآله طلق ایتهما شاء فان المرادمنه هوالفراق مجازا "وکما اذاکان جاهلا بعدم حاجه فراقهن الی الطلاق فاوقعه بقصداراده المفارقه لهن وبقاء نکاح غیرهن کان فی الحقیقه دالا" علی بقاء نکاح من عداهن الا انه لایسمع منه هذه الدعوی الابالدلیل فیوخذ بقوله بالطلاق حتی یثبت خلافه فی الدعوی .

وکمااذااشتبه علیه الامر فظن الاکتفاء بالطلاق بمجرد علاقه الزوجیه السابقه فان الطلاق فی هذه الصور لایکشف عن اثبات نکاح المطلقات بل یدل علی فراقهن .

هذا کله بناء علی اعتبارالقصد الضمنی فانه یثبت به الاختیار وان کان الطلاق فاسدا " کمااذالم یکن بصیغه الطلاق المعتبرشرعا

اولم يكن في البين شاهدان اوكان معلقا" فانه وان لم يقع طلاق الا انه يدل بالكنايه على الاختيار وتعليق الطلاق لايستلزم تعليق الاختيار.

والمناقشه في ذلك كله واضح فان القصد منه انما هوالى الطلاق من دون ان يكون في البين قصد ضمني على الاختيار سوى الطلاق والفرض انه لم يقع فلايمكن اثبات الاختيار بذلك اللهم الا ان يكشف ذلك كله عن الاختيار والطلاق باى نحوكان ومظهرا" لهذا الاختيار.

وقديقال ان انشاء مفهوم الطلاق لايستلزم انشاء الاختيار اوابقاء النكاح ضروره امكان قصد معنى الطلاق في الاجنبيه وان لم يقع صحيحا فدعوى لزوم قصدالطلاق لقصدالنكاح على وجه يتحقق به انشاء الاختيار محل منع .

والحق ان يقال ان الطلاق في الحقيقه عباره عن ازاله قيد النكاح فهوحينئذ جزء مفهومه فلا يتصور طلاق الاجنبيه مع التوجه الى ذلك المفهوم نعم لامانع من طلاق الاجنبيه فضولا فانه ايضا" عباره عن ازاله قيدنكاح الاجنبيه فضولا فكما لايتصورطلاق من لايصلح للزوجيه كذلك لايصلح طلاق الاجنبيه فطلاق الامراه المعقوده فضولا قبل الاجازه ثم يتعقبه الاجازه اويكشف ذلك عن الاجازه قبل الطلاق - يقصد بالطلاق فيه ايضا ازاله قيدالنكاح لانه يقصدبالطلاق معنى اخر فالاجنبيه مع التوجه بكونها اجنبيه لايتصور فيه قصدمفهوم الطلاق الا ان يقصد بذلك معنى اخرغيرالطلاق وبهذا يظهران الظهار

والایلاء اذا قصد بهما الواقع علی الزوجه شرعا یکشفان عن الاختیار کما سیاتی ـ وکذا الکلام فی صوره الشک وحمل فعل المسلم علی الصحه ولو عند الفاعل فبعد فرض کون النکاح جزء مفهوم الطلاق فاصاله الصحه یجری فی معنی جزئه النکاح لانه یثبت به النکاح حتی یقال انها من الاصول التعبدیه ومثبتاتها لیست حجه واما انشاء مفهوم الطلاق المستلزم لازاله قید النکاح لایستلزم انشاء الاختیار او الاختیار السابق علیه لعدم الملازمه بین الانشائین لاعقلا" کما هو واضح ولاعرفا لامکان طلاق الاجنبیه فضولا من دون استلزام قصد الاختیار ومن المعلوم ان استصحاب الطلاق من هذه الصوره لایثبت الاختیار وکذا اصاله الصحه فی فعل المسلم لعدم حجتیه مثبتاتهما کما سیاتی .

نعم الظهار والایلاء لیس لهما دلاله علی الاختیار لانه قد یواجه به غیر الزوجه .

قال فی المسالک وجه الفرق ان الظهار وصف بتحریم المراه المواجهه والایلاء حلف علی امتناع وطیها وکل منهما بالاجنبیه الیق منه بالزوجه غایه ما فی الباب ان الظهار اذا خوطب به الزوجه ترتب علیه احکام مخصوصه وان خوطب به الاجنبیه لم تثبت تلک الاحکام وکان قولا صحیحا بالنسبه الیها وفی الایلاء لوحلف علی وطی الاجنبیه فتزوجها ووطئها کان علیه الکفاره وکذلک بالزوجه مع زیاده احکام اخر انتهی .

هذا كله اذا كان المراد منهما المعنى الاعم والا فالمعنى الشرعي في الظهار انما يتحقق اذا كان المواجه به زوجة مدخولا بها وفي الايلاء شرائط اخر مع كون المواجه زوجة بلا اشكال في ذلك ولا خلاف.

وعن الشيخ في المبسوط ان الظهار والايلاء يكشفان عن الاختيار وكذلك الطلاق، وفيه ان كان المراد الاعم فلا يكشف شيء منها عن الاختيار وان كان المقصود بالمواجهة الزوجة فلا محيص عن كشفه عن الاختيار.

ثم انه اذا ظاهر او آلى بواحدة منهن ثم اختارها فيقال انه بالاختيار يكشف سبق الزوجية فيكونان ح قد بان انهما وقعا على الزوجة من اول صدورهما.

لكن فيه ان الظهار والايلاء اذا كان لهما مفهوم صحيح حتى في الاجنبية فكيف يكشف بالاختيار وقوعهما على الزوجة حتى يترتب عليه احكامه الخاص بل المترتب عليه هو الحكم الذي في حق الاجنبية فان الاختيار يكشف عن الزوجية واما كشفه عن وقوع الظهار والايلاء على الزوجة محل منع وكلام وبالجملة الاختيار الكاشف عن الزوجية لا يقلب الظهار والايلاء عما هو عليه من المعنى العام القابل للانطباق على الاجنبية والزوجة اللهم الا ان يقال ان معنى الايلاء والظهار لا يفرق بين الزوجة وغيرها فانهما معنى واحد فيهما وانما تفرق في المتوجه اليهما فتارة تكون زوجة واخرى غيرها لكن المستفاد من كلماتهم ان معنى الظهار متوجه الى الزوجة وكذا الايلاء ترك وطي الزوجة لا مطلقا.

ثم انه لوقذف واحده من الزوجات فاختار غیر ما قذفها وجب علیه الحد ویسقط بالبینه خاصه دون اللعان لانها باختیاره غیرها یکشف عن کونها اجنبیه وان کان لها حکم الزوجه قبل الاختیار.

ثم انه لوطلق من النساء مادون النصاب اوالنصاب فان بقین علی الشرک الی انقضاء العده یکشف ذلک عن بطلانه وان اسلمن النساء کلهن ومنهن المطلقات فقد یقال بصحه الطلاق لان الاسلام یکشف عن وقوع الطلاق علی الزوجه والطلاق ایضا یکشف عن الاختیار.

وجه العدم انه حین طلق لم یکن له الاختیار فلایتمشی منه القصد الی طلاق الزوجه فلواختار فی ضمن الطلاق لم یصلح ذلک منه فیحکم ببطلان الطلاق فله الاختیار بعده الی زمن خروج العده وطلاق من اسلمت منهن.

وان طلق الکل مع کونهن زایده علی النصاب فعلی القول بکشف الاسلام یصح طلاقهن فلایتعین المطلقات بقدر النصاب بالاختیار ویحکم بالقرعه بناء علی انه اختار بالطلاق غایه الامر ان الاختیار لا یتحقق منه الابما دون النصاب اوبه فکل واحده منها مختاره من غیر فرق بینها بالنسبه الی نظره فلابد من تعیین الزوجه من بینهن بالقرعه دون الاختیار فانه بالاختیار المنکشف بالطلاق یصلح کل واحده منها للزوجیه فبعد اسلام الجمیع فلابد من اعمال القرعه لتزاحم حقوقهن الا ان یقال ان الاختیار بالعنوان الکلی خصوصا فی المقام لیس اختیارا عرفا" والکلام فی الظهار والایلاء هو الکلام فی الطلاق فان اختار من اوقع علیها ذلک یترتب علیه احکامه وان ظاهر او

آلی الکل فهل یتعین الزوجات من بینهن بالاختیار او القرعه فکما تقدم.

ثم انه بناء علی کشف الطلاق عن الاختیار فهل یحکم به فی صوره الکنایه فعن العلامه فی التذکره العدم لعدم افادتها الطلاق فلا تفید الاختیار واورد علیه بان الاختیار لاینحصر فی لفظ بل العبره فیه بما فی نفس الامر فمع فرض العلم بقصده بالطلاق یکون ذلک اختیارا وان لم یقع طلاق.

وفیه اولا ان الطلاق کاشف عن الاختیار لانه مقصود به فالطلاق یکشف عن الاختیار قبله بآن ما.

وثانیا انه مع فرض عدم صحه الطلاق فلامعنی لقصده الاختیار فی ضمنه لعدم القصد منه بغیر عنوان الطلاق والفرض عدم وقوعه فکیف یکشف ذلک عن صحه الاختیار فی ضمن الطلاق والکلام فی الطلاق المشروط والمعلق کالکلام فی الطلاق کنایه.

ثم ان تعلیق الاختیار بشی ممکن الحصول (کما اذا قال ان دخلت الدار فقد اخترتک للنکاح مثلا) مما لا اشکال فیه لعدم دلیل علی اعتبار التنجز فی النکاح فضلا" عن المعاملات ومن المعلوم انه لیس نکاحا جدیدا بل اختیار" وبطلان التعلیق فی نظرهم کان بسبب الاشکال العقلی فاذا قلنا بصحه الانشاء المعلق علی شیی یحکم بالوقوع فی صوره المعلق من دون احتیاج الی امر وراء حصول المعلق علیه وعدم القصور فی الانشاء کما حقق فی محله.

ولوقال لاربع فسخت نکاحکن وقصد به حل النکاح فسخا" انفسخ عقد

هن انکان الباقی اربعا فمازادولوکان الباقی دون الاربع کما اذا کانت الباقیه ثلاثا فان الفسخ یقع بالثلاثه فهل یتخیر فی اتمام الاربع من اللواتی فسخ نکاحهن فهومختار العلامه فی التحریر ویمکن ان یقال بالقرعه ایضا لتزاحم حقوق کل واحده منها فی البقاء علی الزوجیه .

ولو اوقع الطلاق بنحو المشروط کما لو طلق مشروطا بالاسلام بان قال کلما اسلمت منکن واحده فهی طالق بناء علی تاثیر الاختیار لو وقع حال الکفر ولکن یراعی بالاسلام فی العده لکن الحق ما قد عرفت سابقا من ان الاختیار فی امثال المقام لیس مقصودا براسه بل یکشف من الطلاق فاذا حکمنا ببطلانه بالشرط فلا یکشف عن الاختیار الا علی القول بالقصد الضمنی ولانقول به هذا کله فی الاختیار بالقول .

اما الاختیار بالفعل بلا خلاف اجده عدهم کما فی الجواهر ولو به اندراجه فی قوله (ص) امسک اربعا وفارق سائرهن من القول فلو وطی اربعا ثبت عقدهن واندفع عقد البواقی .

اطلاق العباره یقتضی عدم الفرق بین کون الوطی عن قصد الاختیار وعدمه وقصد عدم الاختیار وفیه ان الوطی وان کان حلالا باعتبار وقوعه علی الزوجه الا ان الکلام فی کونه اختیارا" کما تردد کلامهم فی الرجوع وان الوطی مع قصد عدم الرجوع هل یکون رجوعا ام لا فعلی القول بعدم کونه اختیارا" شرعا لایکشف ذلک عن الرجوع فلا بد من تقیید ذلک بالوطی عن قصد لامطلق الوطی اللهم الا ان یقال ان معامله الزوجیه مع الاربع منهن یدل شرعا" علی زوجیتهن و کذا

الکلام فی قصدالرجوع فانه ایضا لایحتاج بازید من معاملهالزوجیه معها سواء قصدبالفعل عنوان الرجوع اولا اوعدمه فان الوطی مطلقا داخل فی الامساک بالمعروف فی الرجوع واظهر مصادیق الاختیار فی المقام ومن ذلک کله یظهر حکم مالوعامل زوجاته معاملهالزوجیه السابقه مع الغفله عن الرجوع والاختیار فاذاوطاء اربعا " فلایجوز له وطی الاربع الاخری بناء علی کفایته فی الاختیار مطلقا "واما اذا لم نقل بکفایه ذلک فیجوزله وطی الاربع الاخری ایضا بقصدالاختیار.

+****

ولوقبل اولمس بشهوه، یمکن ان یقال هواختیار کما هورجعه فی حق المطلقه وهومشکل بما یتطرق الیه من الاحتمال.

والاشکال من جهه عدم قصدالرجوع واما من جهه حمل فعل المسلم علی الصحه فان مجردذلک لایکشف عن عنوان الرجوع والاختیار فی المقامین فان غایه مایحکم به حمل فعل المسلم علی الصحه وانه مافعل حراما " وانه صدرمنه علی وجه غیرالحرام واما صدور الفعل عن قصدالاختیار فلا یحکم به علیالقاعده

ثم انه لو تزوج باخت احدیهن قبل الفسخ اوالاختیارلم یصح لبقاء علقهالزوجیه واما دلاله مجردالعقد علی اختیارفسخ عقدالزوجه الاخت فقد تقدم الاشکال فیه وان الصحه متوقفه علی تمشیالقصد الضمنی ومجرد التنافی بین العقدین لایوجب کون احدهما فسخا للاخر.

واما حمل فعل المسلم علی الصحیح فیقتضی حمل العقدالواقع منه علی الوجهالصحیح وهوعقد الاخت فینافی العقدالسابق فیکشف عن

فسخ عقد اختها السابقه حتی مع فرض عدم العلم بحاله وفرق بین حمل البوسه (البوسه عربی وان احتمل ان یکون فی الاصل عجمیا" منه) واللمس علی الوجه الصحیح فانه لایکشف عن الرجوع و لا عن الاختیار بخلاف حمل العقد الواقع منه علی الوجه الصحیح فان مقتضی الحمل علی الصحه لاینفک عن فسخ العقد السابق الذی بینا فیه فیکون مقتضی القاعده صحه عقد الثانیه فیکشف به بطلاق زوجیه الاولی بالاختیار بالثانیه .

ولو انحصر المختارات فی ست او خمس وعینهن انحصرن فیهن فیحکم بعده الباقیات من حین اسلام الزوج فعلیه اختیار فسخ ما فوق النصاب من البواقی .

ولو اسلم واسلمت معه اربع وتخلفت اربع فان اختار الاوائل للزوجیه فلا شکال لاطلاق الادله ولو عینهن للفسخ ففی القواعد لم یصح ان کان الاواخر وثنیات والاصح، والوجه فیه امکان عدم اسلامهن فیتعین الاوائل للزوجته بخلاف الکتابیات فان اسلامهن لادخل له فی زوجیتهن .

واشکل علیه فی الجواهر بامکان الصحه فی الاول علی وجه المراعاه فان اسلمن الاواخر علم ان الفسخ فی محله والا کان باطلا فیکون فی شرط الفسخ امکان بقاء الزوجیه لا العلم بامکان بقائها لاطلاق الادله الذی لایعارضه اصل عدم الانفساخ وعدم تعیین البواقی للزوجیه انتهی .

والفسخ فی الاوائل ان کان علی وجه الجزم لم یصح لعدم العلم بحصول شرطه وهو اسلام الاواخر واما بصوره التعلیق ای المنوط علی اسلام الاواخر وعلی وجه المراعی کما هو مراد الجواهر ایضا یصح بناء علی اطلاق دلیل الاختیار ولیس فیه تصرف فی کیفیه الاختیار وانه لابد فیه من التنجیز دون التعلیق فاذا اسلم الاواخر یکشف ذلک عن صحه الفسخ المشروط فی الاوائل فحصول الشرط واقعا یکشف عن صحه الفسخ سواء علم بذلک ام لا.

لکن یمکن الخدشه فی اطلاق دلیل الفسخ باعتبار عدم جریانه فی باب النکاح الافی موارد قام بها الدلیل القاطع ومن الموارد فسخ نکاح مافوق الاربع اذا اسلم معه الجمیع فان مورد الروایات والقدر المتیقن منها هو صوره اسلام الجمیع .

واما اذا اسلم الاربع وبقی البواقی علی کفرهن بناء علی کونهن وثنیات فان فسخ الوثنیات فلا اشکال علی ای حال واما فسخ المؤمنات فلا دلیل علیه والدلیل علی الفسخ فی صوره اسلام الجمیع وبعباره اخری التمسک باطلاق الدلیل تمسک به فی الشبهه المصداقیه للفسخ لعدم العلم بحصول شرطه وهو اسلام البواقی والفسخ فی هذه الصوره یحتاج الی دلیل خاص ازید مما فی اسلام جمیع الزوجات مافوق الاربع وصلاحیته البقاء للزوجیه فی الکافرات الکتابیات حتی بعد العده فلا مانع منه من اختیار الکافرات وفسخ المؤمنات بخلاف المقام من فسخ المؤمنات وابقاء الوثنیات والفسخ المراعی ایضا یحتاج الی دلیل یدل علیه واما التمسک باستصحاب بقائهن علی الشرک فیحکم بذلک تعین الاوائل للزوجیه

باستصحاب بقائهن علی الشرک فیحکم بذلک تعین الاوائل للزوجیه فانه مثبت من جهتین من جهه ان بقائهن علی الشرک لایثبت زوجیه البواقی الاعلی القول بالمثبت ومن جهته ان استصحاب بقائهن علی الشرک لایثبت شرکهن فیما بعدالعده والحکم معلق علی شرکهن بعد العده ومجرداستصحاب بقاء الشرک لایثبت عنوان انه بعدالعده الا علی القول به ومورد النصوص انما هوفی صوره صلاحیه جمیع النسوان للزوجیه کمافی صوره اسلام الکل اوکونهن کتابیات والمانع انما هوالزیاده علی النصاب فی المفروض عدم صلاحیته الوثنیات للزوجیه بعدالعده وقبل العده فی صوره الشرک .

ویمکن الخدشته ایضا فی الحکم بالتخییر اذااسلمن معه لوکن من العناوین المحرمه عینااوجمعا من جهته ان الادله بصدد بیان المانعیته من جهته العدد فقط والفرض ان المانع فی المقام لیس من جهته العدد بل من جهته حرمه الجمع بین الام والبنت وبین الاختین وبعباره اخری الحکم بالتخسییر انماهوفی صوره صلاحیه کل واحدللبقاء علی الزوجیه من غیر جهته العدد والمفروض عدم صلاحیته الکل مع قطع النظر عن العدد للزوجیه .

واما التمسک باستصحاب صحه نکاحهن الثابته قبل اسلام الزوج بما دل علی لزوم اقرارالکفار علی مذهبهم فی الاحکام الوضعیه المخصص لعموم ادله العناوین المحرمه فبالاستصحاب یحرز صلاحیته الکل للبقاء علی الزوجیه من غیرجهته العدد فتتحقق به الصغری للکبری الکلیه .

فلا مجال فیه من جهته العلم بانتقاض الحاله السابقه فی الزاید علی الاربع وکذلک استصحاب الصحه فی الجمیع من غیر جهته العدد فانه ایضا منتقض بعدم صحه عقدکل واحدمن الام والبنت والاختین للمعارضه وبالجمله الصحه فی کل واحد منها قبل الاسلام منتقضوا ما الاستصحاب الکلی وهوصحته نکاح الاربع لاعلی التعیین وبعنوان البدلیه فلیس موضوعا للحکم فان الموضوع هوالصحه فی کل واحدمن الثمانیه مثلا والعناوین الشخصیه والعنوان البدلی لم یکن موضوعا للحکم حتی یستصحب .

والصالح للبقاء علی الزوجیه فی موردالکبری الکلیه هوالاشخاص دون الکلی القابل للانطباق علی کل اربع علی البدل والدلیل انما هو بصدد بیان مانعیته العدد بعدفرض صلاحیته کل واحدمن الاشخاص علی الزوجیه ولیس بصدد بیان ما اذالم یکن الاشخاص قابله لها بل کان القابل هوالعنوان الکلی القابل للانطباق علی کل اربع اربع علی البدل .

ثم انه لو قال لما زاد علی الاربع اخترت فراقکن فلا اشکال فی الاندفاع وهل یحکم بذلک بثبوت نکاح البواقی اویحتاج الی انشاء اختیا را مساکهن لعدم الملازمه بین فسخ مازاد عن الاربعه و بین اختیارامساک البواقی والظاهر هوالاول لان له بعداسلامه اربعه ازواج علی النحوالکلی القابل للانطباق علی کل واحدمن الاربعه فاذا اندفع الزیاده بفراق الزاید ینطبق ماهوالکلی علی الاربع الموجودفی الخارج ولایحتاج زوجیتهن الی ازید من رفع المانع وهو

وهوالزیاده علی الاربع وبعباره اخری ان المقتضی التام هو انطباق الاربع الکلی علی الاربعه الموجوده فی الخارج کما اذا ملک صاعا من الصبره ـ فانه اذالم یبق من الصبره الاصاع یتعین ذلک الصاع الکلی فی ضمنه قهرا فان معنی الانطباق عقلائی والا فماهوالمالک حقیقه انما هوالصاع الکلی فی المعین ومجرد بقاع صاع من الصبره خارجا " لایقلب الملکیته الکلیته الی الملکیه الجزئیته بل انما هو عندالعقلا ـ وفی المقام ایضا بعد کون الشخص ذازوجات اربعه علی النحو الکلی فالانطباق قهری بعد رفع الزایدالمانع .

واما اذا کان فی هذا الفرض بقاء نکاح الاربع الکلی بمقتضی الاستصحاب کما اذا کن من العناوین المحرمه ذاتا کالمحارم اوعرضا کذات البعل وذات العده فقد یقال ان تعین الکلی فی ضمن افراده المنحصره وان کان قهریا مطلقا سواء کان الکلی محرزا بالوجدان اوالاصل الا انه لایجدی فی ترتیب آثاره علیها الاعلی القول بالاصل المثبت کما اذاکان مالکا لصاع من الصبره بالاستصحاب فان استصحاب ملکیته الصاع له لایجدی فی اثبات ملکیته الصاع الباقی منها الاعلی القول بالاصل المثبت .

لکن یردعلیه ان الاستصحاب لیس الامعینا لموضوع الدلیل الاجتهادی والفرض انه لایفرق فی المقام بین ملکیه الصاع بمقتضی الوجدان اوالاصل علی النحوالکلی فاذاقلنا بان الکلی المنحصر بالفرد منطبق علی الخارج قهرافلا یفرق فیه بین ملکیته الکلی

بالاصل اوالوجدان ـ وبعد تسلیم الانطباق القهری یترتب علیه الاثر الکلی وهوالمملوکیه اللهم الا ان یقال باثرخاص لنفس الکلی بما هو کلی فانه لاینطبق علی الفردالموجودخارجا " الاعلی القول بالاصل المثبت .

ولو طلق اربعا " قیل یندفع عقدالبواقی ویثبت به نکاح المطلقات ثم طلقن بذلک الطلاق وذلک لان الطلاق عباره عن ازاله قیدالنکاح فهوجزء مفهومه فقصد وقوعه یستلزم قصداختیارالنکاح اذلا طلاق بدون النکاح ولذالایصح ان یوجه به غیرالزوجه .

وفیه انک قدعرفت سابقا عدم الملازمه بین وقوع الطلاق صحیحا " المستلزم للنکاح وقصداختیارالنکاح لاعقلا کما هوواضح لامکان طلاق الاجنبیه فضولا من دون اختیار فی البین ولاعرفا فلامکان ان یطلق مع الجهل بعدم احتیاج فراقهن الی الطلاق بل باعتبارالزوجیه السابقه وبه یثبت فراقهن وینطبق الزوجیه علی الاربعه الباقیه ان قلنا باعتبارالقصدالضمنی فی امثال المقامات .

وقدیقال ان مقتضی حمل فعل المسلم علی الصحیح باعتبارمعلومیه عدم صحه طلاق غیرالزوجه هوحمل انشاء طلاقهن علی قصدطلاقهن بعد اختیار نکاحهن لتوقف صحه الطلاق علی ثبوت النکاح المستلزم لقصد الاختیار .

لکن یردعلیه اما اولا بعدم حجیته مثبتات اصاله الصحه فان صحه الطلاق لا یستلزم قصدالاختیار الاعلی القول بالاصل المثبت واما ثانیا ان مقتضی اصاله الصحه هوالحمل علی ما هوصحیح عندالفاعل

ولعله توهم احتیاج فراقهن الی الطلاق باعتبار الزوجیه السابقه .

واما جعل الدال علیه هو انشاء الطلاق فانه لایوجب الدور فان مایتوقف علیه واقعا " هو الاختیار فی الواقع فانشاء الطلاق متوقف علیه من دون توقف الاختیار علیه فعلا کما هو ظاهر .

والحق ان یقال ان الکلام تاره فی صوره الدعوی والمنازعه کان ادعی الزوج الطلاق لکن لاعن قصد اختیار نکاحهن والزوجات فی مقابله یدعین الطلاق صحیحا " فمن المعلوم ان القول قول مدعی الصحه وهو الطلاق عن اختیار حتی یثبت الزوج خلافه بالبنیته فیحکم بمقتضی اقراره بالطلاق بترتب جمیع الاثار الی ان یثبت خلافه وهو مقتضی اصاله الصحه فی فعل المسلم فی العقود والایقاعات مع الشک فی الصحه والفساد الامع العلم بالبطلان او الاطمینان من حاله بایقاعه باطلا باعتبار ردیدنه ومجرد المصادفه للواقع لایوجب حمل فعله علی الصحه فی هذه الصوره ولم یقم بناء منهن علی الحمل علیه فیها .

واما فی غیر صوره الدعوی فیاخذ بما فی الواقع من الاختیار وعدمه فطرح المسئله بهذه الصوره ساقط عن الاعتبار ولاثمره لها ظاهرا " .

نعم لوطلق الاربع وبعد مرور الایام شک فی انه هل طلق عن اختیار النکاح اوبقصد الزوجیه السابقه اومن غیر قصد فمع کونه عالما " بالمسئله یحکم بصحه طلاقهن وکذا فی صوره النسیان واما مع عدم العلم بالمسئله ففی صوره الجهل ایضا کذلک الا ان یعلم عرفا "

او اطمئن بعدم جریه علی الطلاق الصحیح فلا یوخذ به .

ثم انه هل یجب الاختیار فوراً " علی وجه لایستلزم الضرر والتعطیل علی الازواج فان امتنع مع ذلک الزمه الحاکم علیه فان اصر علی الامتناع قیل انه یعزر حتی یختار ولایختار عنه الحاکم لانه منوط بالشهوده وقد یقال بتولی الحاکم ذلک من قبله لعموم ولا یته علی مثله .

وللخدشه فیه مجال واسع اذا رضیت الزوجات بالضرر والتزمن بالصبر الی ان یختار فمع ذلک لادلیل علی الفوریه واما مع المطالبه بحقهن فالوجه هو الفور واختیار الحاکم من قبله اذا امتنع وتولیه من قبله فی صوره الامتناع والضرر علیهن .

والامتناع من الاختیار هل هو موجب للضرر علی الازواج او هو مجرد عدم نفعهن من الزوجیه وفرق واضح بین العنوانین فمع تسلیم دلاله الدلیل علی واحد من العنوانین لایستلزم الدلاله علی العنوان الاخر وهو عدم النفع .

ولو اسلم الکافر بعد ان زوج ابنه الصغیر بما فوق النصاب تبعه ابنه فی الاسلام فمع اسلام الزوجات معه اختار بعد البلوغ ویمنع من الاستمتاع بهن قبل البلوغ وتجب النفقه علیه فیما قبل الاختیار .
واما مع اسلام المجنون ففی الاختیار اشکال لعدم الاعتناء باسلام المجنون وکذا الکلام فی صوره اسلام الاب المجنون فانه لادلیل علی التبعیته فی هذه الصوره فان قلنا بالتبعته تخیر الاب او الحاکم بناء علی ثبوت الولایه وعن التذکره الایقاف الی البرء لکون

الاختيار منوطا بالتشهي فله وجه في صوره عدم الضرر ومع اطلاق الولايه في امثال المقامات فللوالي الاختيار من دون صبر الى البرء .

****

الثالث فی مسائل مترتبه علی اختلاف الدین الاولی اذا تزوج امراه وبنتها ثم اسلم بعد الدخول بهما حرمتا وکذا لو کان دخل بالاخت اما لو لم یکن دخل بواحده بکل عقد الام دون البنت والاختیار وقال الشیخ له التخییر والاول اشبه .

والظاهر عدم الفرق فی کلماتهم بین وقوع العقد دفعه او تدریجا وان الحرمه الابدیه فی صوره الدخول بهما بمقتضی صدق امهات نسائکم ، وربائکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن وکذا الکلام فی صوره الدخول بالام لما ذکروا ما صوره الدخول بالبنت وحده فیکون زوجیتها ثابته وتختص الام بالحرمه الابدیه لصدق امهات نسائکم - وقد یقال ان الوجه فی ذلک کله کون الکفار مکلفون بالفروع عندنا الا انه یحکم بصحه ما فی ایدیهم مماشاتا معهم لا واقعا وفی نفس الامر .

لکن یرد علیه انه بناء علی کونهم مکلفین بالفروع لا یتحقق بینهم زوجیه فی صوره الازدواج دفعه وعدم تحقق الزوجیه للنهی عنها شرعا فمع الدخول باحدهما هو دخول علی غیر الزوجه واما علی ترتب العقد یکون السابقه صحیحه دون اللاحقه لعدم بقاء محل مع الاولی من غیر فرق بین الدخول بالام او البنت .

واما مع القول بعدم تکلیفهم بالفروع وان ما بایدیهم صحیح موءثر فی حصول ما قصدوه منها من المسببات فالحق ما ذهب الیه المشهور من حرمتهما ابدا " علیه فی الصورتین الاولتین وهی صوره

الدخول بهما اوالدخول بالام وحرمه الام خاصه فی صوره الدخول بالبنت وعدمه فان امهات نسائکم وربائکم الخ محکمه فی هذه الصوره من غیر فرق بین القول باختصاصها بالمسلمین اوعموم المکلفین و انما خرج الکفار عن تحتها بادله الاقرار لکون المفسد مستمرا ومع ذلک لایقر علیه بعد الاسلام .

والقول بحرمه الام دون البنت وبقاء الزوجیه فیها هو المشهور بین الاصحاب المتاخرین لعدم الموجب لبطلان النکاح لان نکاح الکفار صحیح ومن ثم قلنا بالتخییر لو اسلم علی ازید من اربع ویصح نکاح الاربع من غیر احتیاج الی تجدید العقد والقول الثانی هو المنقول عن الشیخ فی الخلاف واتباعه .

وقال فی نکاح الخلاف مسئله ۱۰۸ اذا اجمع بین العقد علی الام والبنت فی حال الشرک بلفظ واحد ثم اسلم کان له امساک ایتهما شاء ویفارق الاخری وللشافعی فیه قولان احدهما مثل ما قلناه وهو اقواهما عنده والاخر یمسک البنت ویخلی الام وهو اختیار المزنی .

دلیلنا ان المشرک اذا جمع بین من لایجوز الجمع بینهما فی نکاح فانما یحکم بصحه نکاح من ینضم الاختیار الی عقدها الاتری انه اذا عقد علی عشره دفعه واحده واسلم واختار منهن اربعا " ولایجب علیه نصف المهر ان کان قبل الدخول فاذا کان کذلک فمتی اختار احدیهما حکمنا بانه هو الصحیح والاخر باطل ولانه اذا جمع بین من لایجوز الجمع بینهما واختار فی حال الاسلام کان اختیاره بمنزله ابتداء عقد بدلیل انه لایجوز ان یختار الا من یجوز ان یستانف نکاحها

حین الاختیار فاذا کان الاختیار کابتداء العقدکان کانه الان تزوج بها وحدها فوجب ان یکون له اختیار کل واحده منهما انتهی .

والظاهر من کلامه عدم الفرق بین الدخول وعدمه الا انه فی المبسوط قال ان لم یدخل بهما قیل یتخییر فی امساک ایتهما شاء وقیل یثبت نکاح البنت ویقوی فی نفسی الاول .

ولقد اختار فی مسئله ۷۵ من النکاح ان العقد علی البنت یوجب حرمه الام من دون فرق بین الدخول وعدمه ونسب القول باعتباره الی روایه شاذه والقید راجع الی الجمله الاخیره وهی الربائب لیس الا وعن ابن رشد فی المسئله الثالثه اما الام فذهب الجمهور من کافه فقهاء الامصار الی انها تحرم بالعقد علی البنت دخل بها اولم یدخل وذهب قوم الی ان الام لاتحرم الا بالدخول علی البنت کالحال فی البنت اعنی انها لاتحرم الا بالدخول علی الام وهومروی عن علی(ع) وابن عباس رض الله عنهما من طرق ضعیفه ومنبی الخلاف هل الشرط فی قوله تعالی(اللاتی دخلتم بهن)، یعود

الی اقرب مذکوروهم الربائب فقط اوالی الربائب والامهات المذکورات قبل الربائب فی قوله تعالی(وامهات نسائکم)(وربائکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن) فانه یحتمل ان یکون قوله (اللاتی دخلتم بهن) عائدا" الی الامهات والبنات ویحتمل ان یعودالی اقرب مذکوروهم البنات ومن الحجه ما روی المثنی عن الصالح عن عمروبن شعیب عن ابیه عن جده ان النبی علیه الصلوه والسلام قال ایما رجل نکح امراه فدخل بها اولم یدخل

فلا تحل له امها .

وهذه المسئله وان كانت خارجه عن محل البحث الا انها توجب وضوح محل النزاع وان مجرد العقد على البنت لايوجب بطلان نكاح الام ولاحرمته الا بالدخول على البنت وكيف كان ان مطابق القاعده هل هو قول المشهور اوقول الشيخ واتباعه .

قال ابن ادريس والذی يقتضيه اصول مذهبنا ان الام قدحرمت ابدا لانها من امهات نسائه واما البنت فله ان يختارها ويمسكها زوجه لانها بنت من لم يدخل بها وانما اختار الشيخ قول بعض المخالفين وان كان لهم فيه قول اخر .

وقال العلامه والوجه ان نقول ان اسلم بعد الدخول بالام حرمتا" معا وان لم يكن دخل بها لم يحرم البنت بل الام خاصته واستدل على ذلک بالايه وقاعده الاشتراک .

مع انک قدعرفت سابقا ان مسئله المشهور غيرمبتنيته علىقاعده الاشتراک ضروره ان المسلم لوعقد على الام والبنت دفعه لم يحرم بذلک عليه واحده منهما وله استيناف العقد على كل واحده منهما فلا بد ان يكون الكافر ايضا كذلک بناء على قاعده الاشتراک وكذا لوعقد على الام اولاثم عقد على البنت لم تحرم بذلک الامبل البنت الا ان يطلق الام قبل الدخول فيجوز له العقدعلى بنته بعده على ان قاعده الاشتراک يقتضی ان يكون الكافر ايضاكذلک معا ن الظاهر ان القائل بالتخيير لايفرق فيه بين وقوع العقد عليهما فیحال الشرک دفعه اوتدريجا .

وقیاس المسئله علی من لایجوز الجمع بینهن کما فی تزویج ما فوق النصاب فی حال الکفر فاذا اسلم فله الخیار فی اختیار النصاب من بینهن یقتضی اتحاد المسئلتین من غیر فرق بین ان یکون ما فوق النصاب من المحرمات جمعا اولا کما فعله الشیخ .

الا ان الذی یمکن ان یقال انه اذا عقد علی الام والبنت فی حال الشرک وقد قررنا هذا النکاح له فی حال الکفر فیتحقق زوجیه الام والبنت معا فاذا اسلم قبل الدخول یصدق علی الام عنوان امهات النساء دون البنت فانه لایصدق علیها الربائب المدخول بامها فالمانع انما هو من ناحیه عقد الام فیبطل وتحرم بذلک علیه دون البنت فیبقی العقد علی حاله فان القدر الذی لابد من رفع الید عن مقتضی العقد انما هو فی ناحیه الام دون البنت الغیر المدخول بامها .

لایقال ان هذا الملاک یقتضی ان یقال بصحه عقد واحده منهما بعد اسلام الزوج حتی بعد الدخول بهما .

فانه یقال انه بعد الدخول بهما یتحقق العنوانان الموخوذان فی الایه وهما امهات النساء وربائبکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن وعدم صدق العنوانین فی صوره عدم الدخول بهما ومن المعلوم ان عنوان امهات النساء لایحتاج فی تحققه الی الدخول

نعم لامانع من الاختیار فی صوره تزویج الاختین بعقد واحد فاذا اسلم له اختیار واحده منهما سواء دخل بهما اولا لان المانع انما هو الجمع فی الزوجیه واقعا لا الجمع فی التعبیر فاذا توجه الی المانع

بعدالاسلام له الاختیار کما اذا اشتری دارین لاتصلح واحده منهما لا بعینه للملکیه فله ان یختار واحده منهما من دون احتیاج الی عقد جدید لکن تحقق عنوان امهات النساء فی حال الکفر یمنع عن الحکم بصحه عقد کل واحد منهما علیحده بل بمجرد الاسلام یحکم ببطلان ما یحقق عنوان المحرم وهو عقد الام دون البنت لعدم الدخول علیه.

****

ولو اسلم عن امه وامها فان كان وطئهما حرمتا وان كان وطء احديهما حرمت الاخرى وان لم يكن وطء واحده يخير .

وجه التحريم مع وطيهما لان وطى كل واحده من الام والبنت يحرم الاخرى سواء وقع بعقد او ملك او شبهه واما اذا دخل بواحده منهما فقد حرمت الاخرى لانها اما ام المدخول بها او بنتها ويستقر الحل على الوطوئه ولو لم يدخل بواحده منهما تخير للوطى ما شاء منهما كما في حال الاسلام .

ويمكن ان يقال انه مع الوطى على الاولى لايترتب عليها الحرمه بوطى الثانيه لانها وطى عن شبهه فلا يوجب حرمه السابقه كما في غير المقام من وطى الشبهه كما اذا عقد على امراه ثم وطى امها شبهه فانه لايوجب حرمه البنت لعدم ترتب حكم عليه ففي المقام ايضا كذلك ولم يقم دليل على كون وطى احدهما بمنزله العقد والدخول على كل منهما اللهم الا ان يقوم اجماع عليه وانا لهم باثباته .

**

ولو اسلم عن اختين تخير ايتهما شاء ولو كان وطيهما ،

من غير فرق بين الترتيب والدفعه هنا لما تقدم من تخيير بين وطيهما وعدمه لان المحرم انما هو عنوان الجمع ومع ترك واحده منهما يرتفع المانع والحكم في غير المختار مثل حكم غير المختاره من النساء اذا كن فوق النصاب واختار اربعا منهن،

مضافا الى اطلاق صحيح جميل بن دراج عن ابي عبدالله في رجل تزوج

اختين في عقده واحده قال يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى وقال في رجل تزوج خمسا " في عقده واحده قال يخلي سبيل ايتهن شاء .

وعنه ايضا عن بعض اصحابه عن احدهما انه قال في رجل تزوج اختين في عقده واحده قال هو بالخيار يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى .

وعدم تفصيل النبي هو الحجه بين كونهما على الدفعه (والترتيب والمشهور في صوره الازدواج في حال الاسلام هو الحكم ببطلان عقد كل واحده منهما الا ما تقدم عن الشيخ فانه اختار الاختيار مع انه يمكن ان يقال باختصاص الروايات (غير خبر فيروز) على ابتداء النكاح فلا يستفاد منه حكم الاستدامه والقواعد تقتضي التفصيل بين من تقدم عقدها فيحكم بالصحه وبين التقارن والتاخر فيحكم بالبطلان ، الا ان المشهور لم ياخذوا بالقواعد هنا وحكموا باتحاد هذه المسائل على طبق مسئله الازدواج فالمسلم بينهم هو التخيير وان كان مجال الخدشه في ادلتهم واسعا " .

***

(فیمن اسلم عن العمه وبنت الاخ الخ)

وکذالو کان عنده امراه وعمتها اوخالتها ولم تجز العمه والخاله بالجمع امالورضیتا صح الجمع .

لاکلام فی صوره الرضا بل لورضیتا فی حال الکفر کان مقتضی القاعده هوالصحه اما الکلام فی صوره عدم الرضا فان مقتضی القاعده هوالصحه من دون بطلان عقدواحده منهما سواء کان مع الترتیب اوالدفعه لان الادله الناهیته عن تزویج بنت الاخ والاخت انما هو فی صوره ابتداء النکاح لافی صوره استدامه حکمه لان لسان الادله انما هوبعنوان (لاتجمع) او (لاتزوج) ابنه الاخ والاخت علی العمه اوالخاله فهو بصدد بیان المنع عن ایجاد العقد فهی غیرمتعرضه لاستدامه حکم العقد الثابت فی حال الکفر بمقتضی ادله الاقرار فی حال کفرهم .

وبعباره اخری هل حکم العقد الثابت یحتاج الی دلیل ازید من عنوان النهی عن الجمع اوالنهی عن تزویج احدیهما علی العمه او الخاله .

اضف الی ذلک ان مقتضی ما ذکره المشهور هوالحکم بالبطلان فی صوره عدم الرضا اذا کان تزویج بنت الاخ اوالاخت علی العمه والخاله لا العکس مع انه یترای منهم کما اعترف به صاحب الجواهر بعدم الفرق فی الحکم بالتخییر بین سبق عقد العمه وتاخرها والمقارنه لکن الالتزام به فی غایه الاشکال اذ قیاس استدامه العقد علی حکم العقد

في حال الاسلام يقتضي الحكم بصحه العقد اذا كان العمه والخاله داخلتين على بنت الاخ او الاخت لا لحكم بالتخيير في هذه الصوره ايضا كما اعترف به السيد في اصل المسئله فقال اذا حصل بنتيه الاخ او الاخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل وكذا اذا جمع بينهما في حال الكفر ثم اسلم على وجه انتهى .

فانه قده حكم بالصحه حتى في صوره التقارن وتقديم عقد العمه والخاله على بنت الاخ والاخت ـ والحكم بالتخيير في هذه المسئله كمسئله الام مع البنت ومسئله الاختين مع اسلام الزوج بعد العقد انما هو بالقياس الى مسئله الازدواج في حال الكفر فحكم الاصحاب على الاختيار فيما فوق النصاب لكن النص لم يرد فيها بالخصوص كما اعترف به صاحب الحدائق في مسئله العمه والخاله بقوله ولا ريب ان هذه الفروع كلها ماذكر وما ياتي وكذا ما تقدم في الكتب السابقه كما تقدمت الاشاره اليه انما اخذها الاصحاب من كتب المخالفين لعدم وجود امثال هذه التقريبات في كتب اصحابنا المتقدمين حيث انها مقصوده على مجرد نقل الاخبار انتهى .

***

وكذا لو اسلم عن حره وامه ، مع كونهما زوجتين لا ملك يمين له فيصح عقدهما مع الرضا اي رضاء الحره وان لم ترض بذلك بطلت عقد الامه دونها ومحل الكلام في المقام انما هو في صوره تقديم عقد الامه وعدم علم الحرمه بذلك حين العقد فلو علم بذلك لم يصح الفسخ .

قال في النهايه لو عقد على الحرمه وعنده زوجه هي امه ان الحره مخيره بين الصبر وبين الاعتزال وهو اختياره في باقي كتبه عدى التبيان فانه جعل للحره الخيار ايضا في فسخ عقد الامه ومنعه ابن ادريس كل المنع بل لها المنع في فسخ عقد نفسها وامضائه لان فسخه يحتاج الى دليل .

فالحكم ببطلان عقد الامه في صوره عدم العلم او الاقتران مع عدم علمها واما في صوره العلم بالاقتران او العلم بتقدم عقد الامه فلا بطلان اذ لا توقف للرضا كما فصل ذلك في بابه .

ثم ان عباره المتن في المقام مطلقه من جهته التخيير او بطلان عقد الامه كما لا يبعد ان يكون المراد هو الاخير ومع ذلك لم يفرق فيه بين التقديم والتاخير والتقارن فحكم ببطلان عقد الامه في صوره عدم رضاء الحره والالتزام به مشكل وغايه الامر لابد ان يفرض استدامه العقد عقدا ابتدائيا حتى يتفرع عليه حكم العقد الابتدائي الصادر من المسلم كما فرضوها كذلك .

لكنك قد عرفت مع عدم الدليل على اصل المدعى ان الحكم باطلاقه في المقام لا يمكن الالتزام به مع عدم وجود اجماع عليه والقول باتحاد حكم الاستدامه في بعض المواضع مع الاستدامه كمسئله اسلام الزوج عن خمسه او اكثر وكمسئله الاختين وغير ذلك لا يدل على اتحاد الاستدامه والابتداء في كل مكان مع ان التعبيرات الواقعه في لسان الروايات في صوره التزويج بما فوق الاربع ناطقه بكون ما زاد على الاربع مبغوضا " مطلقا وكذا الاختين .

ففی روایه منصور بن حازم الوارده فی تفسیر العیاشی عن ابی عبدالله (ع) قال لایحل لماء الرجل ان یجری فی اکثر من اربعه ارحام من الحرائر.

وفی صحیحه محمد بن مسلم عنه (ع) قال اذا جمع الرجل اربعا " وطلق احدیهن فلایتزوج الخامسه حتی تنقضی عده المراه التی طلق وقال لایجمع مائه فی خمس.

فان هذا اللسان لایفرق فیه بین الابتداء والاستدامه بخلاف عقد العمه وبنت الاخ والخاله وبنت الاخت لعدم المبغوضیه ذاتا بل مع الرضا یجمع بینهما وکذا فی صوره عقد الامه مع الحره فانه لادلیل علی اتحاد حکم الاستدامه والابتداء کما لایخفی.

فما دل من الاجماع والضروره علی اتحاد حکم الاستدامه والابتداء لا یوجب الاخذ به فیما لم یقم دلیل علیه کما فی امثال هذه المسائل.

ثم ان العباره الموجوده فی الشرایع فی المسائل الثلاثه هکذا (ولو اسلم عن اختین تخیر ایتهما شاء ولوکان وطئهما وکذا لوکان عنده امراه وعمتها اوخاله ولم تجز العمه ولاالخاله بالجمع اما لورضیتا صح الجمع وکذا لواسلم عن حره وامه - فان اتحاد السیاق یقتضی تقدیر الفعل وهو (یتخیر) فی کل واحد من الموضعین بعد کلمه (کذا) ای یتخیر بین العمه وبنت الاخ والخاله وبنت الاخت وایضا یتخیر بین الحره والامه، ولایلتزم به احد فلا بد من رفع الید عن اتحاد السیاق فی الاخیره وهو الحره والامه فیحکم بالبطلان فی الامه دون الحره - فدار الامر بین الحاق الجمله الوسطی بالاولی

حتی یقال بالتخییر کما صنعه صاحب الجواهر وفهم ذلک الحدائق وغیره من ظاهر کلماتهم اویلحق بالاخیره فیستفاد البطلان فی عقد بنت الاخ او الاخت فی صوره عدم الرضا کما فی عقد الحره مع الامه والظاهر هو الاخیر ای الحکم بالبطلان فی الامه فیما اذا کانت داخله علی الحره وکذا الحکم بالبطلان فی صوره دخول بنت الاخ والاخت علیهما لامطلقا ولایستفاد ازید مما ذکر من عباراتهم .

وعن العلامه فی التحریر ما لفظه لو اسلم عن اختین تخیرا یتهما شاء وخلی سبیل الاخری سواء دخل بهما اولا وکذا لو کان عنده امراه وعمتها او خالتها اذا لم تجز العمه والخاله نکاح بنت الاخ او بنت الاخت ولو اجازتا صح نکاح الجمیع وکذا لو اسلم عن حره وامه انتهی .

فان صحه نکاح الجمع فی صوره الرضا والاجازه تنادی ببطلان واحد من العقدین وهو عقد بنت الاخ والاخت او عقد الامه لا الحکم بالخیار بینهما کما لایلتزمون به فی الصوره الاخیره ـ ولعمری، ان المسئله واضحه لامریه فیه فلایفهم من عباره الشرایع ولا العلامه ازید مما ذکروها فی اصل المسئله وهو الجمع فی صوره اسلام الزوج کی یشنع علیهم صاحب الحدائق بانهم اخذوها من کتب المخالفین نعم لوحکموا بالتخییر کان ما ذکره واستفاده حقا لکنک قد عرفت عدم فهم ذلک من عباراتهم .

ثم انه اذا قلنا بتمامیه اطلاق الادله فی حال الکفر والاسلام کان الحکم کما ذکروا من توقف صحه عقد الامه وکذا عقد بنت الاخ والاخت علی رضاء الحره او العمه او الخاله کما اذا قلنا بان حکم الاستدامه کحکم

کحکم الابتداء واما اذا قلنا بعدم الدلیل علی اتحادالحکمین فمع الصحه فی حال الکفر لایتوقف الصحه بعدالاسلام الی الاجازه کما لا یبعد فلذا اعترف به السید وجمع من اصحابنا المتاخرین کثرالله امثالهم وقدس الله اسرارهم نعم لوکان مقصودصاحب الشرایع هو ماذکره الصدوق من ان اجازه کل واحدمن العمه اوالخاله او بنت الاخ والاخت شرط فی الداخله کما عن المقنع کان للتخییروجه من جهته توقف صحه عقدالعمه اوالخاله ایضا علی اجازه بنت الاخ او الاخت لکن المصنف فی اصل المسئله لایقول بمقالته فراجع .

اذا اسلم المشرک عنده حره وثلاث اماء فاسلمن معه یخیر مع الحره امتین اذا رضیت الحره .

اذاکن الاماء وثنیات اذلامانع منه اذاکن کتابیات اما التخییر فی الاثنتین باعتبارعدم جواز ازیدمنهما له وعدم اعتبار الشرطین فی الاستدامه وانکان شرطا" فی الابتداء ویجوزفی الاستدامه ما لا یجوز فی الابتداء .

ولو اسلم الحرو عنده اربع اماء بالعقدتخیرامتین ولوکن حرائر ثبت عقده علیهن .

اذالم یکن مانع اخرمن بقائهن کما اذاکن ذمیات واما اذا کن مشرکات ینتظر الی خروج العده .

وکذاالکلام لو اسلمن قبل انقضاء العده فیحکم بالتخییر بین امتین منها اذاکن اماء والجمیع اذاکن وثنیات حرائر لان اسلامهن

فی العده کاسلامهن معه .

لو کن اکثر من اربع فاسلم بعضهن کان بالخیار بین اختیارهن وبین التربص فان لحقن به او بعضهن ولم یزدن علی اربع ثبت عقده علیهن وان زدن عن اربع تخیر اربعا ولو اختار من سبق اسلامهن لم یکن له خیار فی الباقیات ولو لحقن به قبل العده .

اذا اسلم الکافر علی اکثر من اربع وکن وثنیات غیر مدخول بهن یفسخ نکاح الکل واما اذا کن مدخولا بهن فان اسلم بعضهن دون بعض فله الانتظار الی خروج العده فان اسلم الکل یتخیر من بینهن وان لم تسلم یثبت نکاحه علی من اسلم فلیس علیه اجبار اختیار من اسلم الی خروج العده ولایفرق فی صوره اسلام الکل بین المتقدم اسلامها والمتاخر واذا اختار من سبق اسلامهن فلیس له اختیار الباقی فیتعین النکاح فیمن اسلم اذا کن نصابا فما دونه واما لو کان بعضهن کتابیات من اول الامر کن بمنزله المسلمات فی جواز اختیارهن من غیر انتظار وبین انتظار البواقی الی ان تخرج العده .

ثم انه بناء علی جواز الاختیار فی ای زمان فهل هو بعد اسلامهن او ان له اختیار من شاء منهن ولو لم یکن بالفعل مسلمات الا انه قبل خروج العده تقبل الاسلام والظاهر عدم الفرق بین اسلامهن فعلا م لا فلو اختار الاربع من الکافرات حال کفرهن واتفق لحوقهن به فی العده امکن الاکتفاء به وثبوت عقده ح علیهن .

هذا بناء علی عدم اعتبار التنجیز فی الاختیار فان اختیار الکافرات فعلا بعد التوجه الی الحکم الشرعی وهو عدم قابلیه الوثنیه للزوجیه

لایتمشی الاعلی التعلیق ومجرد اسلامهن فی الواقع وکونهن من محل الاختیار لایوجب التنجیز فی الاختیار بعد عدم علمه بالحال وعدم کونه مبدعا باختیار الاربع سواء اسلمن فی متن الواقع ام لافان الفرض الاخیر خارج عن محل النزاع .

وکذالو علق اختیاره علی من سبق اسلامهن لعدم الدلیل علی البطلان فی صوره کون الاختیار معلقا علی الشرط والوصف فان قصد الانشاء فی صوره التعلیق متمش منه فلا فرق بین صوره التعلیق علی من سبق اسلامهن او اختیار الاربع المخصوصات فاتفق اسلامهن وانکشف کونهن من محل الاختیار لعدم دلیل معتبر علی بطلان التعلیق وعدم الدلیل علی التنجیز حتی فی عقد البیع وغیره من عقود المعاملات والاجماع المدعی ضعیف لکون مستنده وجها عقلیا "لاتعبدیا" کما حقق فی موضعه .

****

(المسئله الثالثه) لو اسلم العبد وعنده اربع حرائر وثنيات فاسلمت معه اثنتان ثم اعتق ولحق به من بقی لم یزد علی اختیار اثنتین لانه کمال العدد المحلل له، ولو اسلمن ثم اعتق ثم اسلم او اسلمن بعد عتقه واسلامه فی العده ثبت نکاحه علیهن لاتصافه بالحریه المبیحه للاربع وفی الفرق اشکال.

ولیعلم ان المناط فی الاختیار ان کان زمان الاسلام وهو وقت توجه الاحکام علیه وان لم یختر فعلا یکون حکمه فی الصوره الاولی اختیار اثنتین لاغیر وان کان اسلام الاثنتین معه اوبعده قبل عتقه لایعین علیه الاختیار لان له انتظار الاخیرتین فی العده واما لوکان المدار علی حال العبد عند الاختیار الفعلی خارجا لاتجد ح ثبوت نکاحه علیهن اجمع مع فرض لحوق الاثنتین فی العده وبعد عتقه ضروره کونه حرا حین الاختیار الفعلی فعلی هذا لایفرق بین صوره اسلام الاثنتین معه اوبعده قبل عتقه او اسلام الجمیع بعد عتقه الذی هو بعد اسلامه فیکون حکم الصوره الاولی وهو اسلام الزوج واسلام اثنتین من الزوجات ثم العتق ولحوق الباقی به بعد العتق والصوره الاخیره فی عباره المحقق وهو اسلامهن بعد العتق والاسلام الذی هو مقدم علی العتق لکون العبد فی کل واحد من الصورتین حرا حین الاختیار الفعلی فالمناط ان کان علی حین توجه الخطاب علیه فانه فی الصورتین عبد حین الاسلام وان کان علی حین الاختیار الفعلی فهو حر حینه فلامانع من اختیار الاربع فلایفرق بین الصوره الاولی والصوره الاخیره فی اختیار

الاربع او اثنتین واما الصوره الثانیه فی عباره المحقق وهو اسلامهن قبل العتق ثم عتق ثم اسلم فانه یتعین علیه الاربع لانه حرحین الاختیار الفعلی واما اذا عتق ثم اسلم والحقن به جمیعا" فی العده فالظاهر ان المناط ان کان فی الاختیار علی حال توجه التکلیف له اختیار الاربع لانه حین الاسلام حر وان کان المناط علی حال الاختیار الفعلی وهو زمن لحوقهن فله ایضا اختیار الاربع لانه حین الاختیار حر وکذا حین اجتماع الاسلامین فمع تقدم العتق علی اسلامه لایفرق فی اختیار الاربع بین تقدم اسلامهن علی العتق کما فی الصوره التی ذکره الماتن وبین تاخر اسلامهن عن اسلامه فله ایضا اختیار الاربع .

والحق ان یقال ان المناط انما هو سبق الحریه علی الاسلام فیختار اربعا" من غیر فرق فی ذلک بین تقدم اسلامهن او تاخره وبین تقدم اسلام البعض ومعیته اسلام البعض وتاخر الاخرین لان زمان الاختیار هو زمان توجه التکلیف والاختیار الفعلی یکشف عن ثبوت الزوجیه له من حین العتق قبل اسلامه واما اذا تاخر العتق عن اسلامه فلا یختار الا ثنتین لانه حین توجه الخطاب علیه وهو حال الاسلام عبد وباختیاره یکشف عن زوجیه الاثنتین له من حین اسلامه وهو عبد فلا یختار الا ثنتین .

واما اذا قلنا بان المناط علی حین الاختیار الفعلی فلا یبقی فرق بین الصوره الاولی وبین الصوره الاخیره وهو تاخر اسلامهن عن اسلام والعتق معا" مع تقدم الاسلام علی العتق .

وفی القواعد لو اسلم العبد عن اربع حرائر فصاعدا وثنیات ثم

اعتق ولحقن به فی العده تخیر اثنتین فاذا اختارهما انفسخ نکاح البواقی وکان له العقد علی اثنتین آخرتین لانه ح حر.

وفی کشف اللثام فی شرح العباره مالفظه وهذا یشمل ماتقدم العتق علی اسلامهن اوتاخر اوتوسط وعلی الاول الاقوی وفاقا للمبسوط والتذکره والتحریر ثبوت النکاح علی الجمیع فان استقرار الاختیار من حین اسلامهن وهو حر وعلی المتوسط بان اسلم ثم اسلمت اثنتان او اسلمتا معه ثم اعتق ثم لحقت به الاخریان فی العده یحتمل ثبوت النکاح علی الجمیع من جهه انه لایتعین علیه اختیار من سبقت الی الاسلام لجواز التربص الی اسلام الباقین واذا اسلمتا کان حرا والعدم کما فی المبسوط من تحقق الاختیار من حین اسلام الاولتین وان جاز له التربص الی اسلام الاخیرتین وهو ح عبد.

وقال فی شرح قوله ولو اعتق اولاثم اسلم ولحقن به تخیر اربعا " ان کن ازید بلا شکال - فمورد الاشکال فی عباره کاشف اللثام انما هو صوره تاخر العتق عن اسلامه فلا یبقی اشکال من جهه تقدم العتق علی اسلامه سواء کان تقدم اسلامهن علی العتق اوتاخر عن اسلامه کما هو ظاهر.

وقد تبع بذلک ثانی الشهیدین الذی قد جعل وجه الفرق بین الصوره الاولی والمتاخره وجود محل الاختیار حال العبودیه فیتعین علیه اثنتان بخلافه فی الصوره الثانیه وهی تقدم العتق علی اسلامه مع تقدم اسلامهن علی العتق فانه حین الاسلام یتعین علیه اختیار الاربع اوالصوره الاخیره وهو تاخر اسلامهن عن اسلامه وان کان عتقه

متاخرا" عن اسلامه وفیما لو اسلم معه واحده وغیر ذلک مما لایتحقق معه خطاب الاختیار لعدم وجود موضوعه او عدم کماله کما فی الواحده بخلاف ما لو اسلم معه اثنتان فما فوقهما فان وجود محل الاختیار متحقق وان کان له تاخیره الی التمام لکن تشخص ان اختیاره اثنتین وان اخر ذلک الا انه لایتغیر اختیاره لان الفرض تحقق موضوعه حین کونه عبدا" باسلام اثنتین فیکون له اختیار العبد وان تعقبت الحریه .

واما بناء علی ما اختاره العلامه فی التحریر والتذکره من کون المناط فی الاختیار انما هو صوره اجتماع الاسلامین فعلیه لو اسلم ثم عتق ولحقن به فی العده کان له اختیار الاربع لانه حین اجتماع الاسلامین حر وکذلک لو اسلم و اسلم معه واحده ثم لحقت به الباقی بعد عتقه فانه ایضا کذلک وکذا الکلام لو عتق ثم اسلم معه اثنتان اولحقن به فله الاربع ایضا واما لو اسلم واسلم معه اثنتان او ثلثه ثم عتق فلیس له الا اختیار اثنتین لانه فی حال اجتماع الاسلامین عبد وان کان له الصبر فی اختیار الاخرین فی العده فاذا تاملت ما ذکرناه تقدر علی استنباط حکم جمیع الفروع بناء علی کلا المسلکین.

کما اذا اسلم ثم اعتق فاما ان یکون اسلامهن قبل اسلامه او بعد اسلامه اوحین اسلامه اوحین العتق او بعد العتق وکذلک اذا اسلمن معه او قبله او بعد اثنتان او ثلاثه منهن او واحده وفی صوره تاخر الاسلام عن العتق فیلاحظ حکمه مع تقدم اسلامهن او تاخره او کون اسلامهن مقارنا مع عتقه او اسلامه وتقدم بعضهن وتاخر الاخرین وکذا الکلام فی صوره

اتحاد زمان العتق والاسلام فله اختیار الاربع مطلقا فی هذه الصوره الاخیره .

ثم ان تشبیه المسئله بما اذا طلق العبد امراته طلقتین ثم اعتق باعتبار عدم کون العتق دخیلا فی ملک المطلقه الثالثه واما لو طلقها طلقه واحده ثم اعتق فله طلاق اثنتین . ـ مضافا الی عدم تمامیه الکلام فی حد ذاته فیما اذا تقارن العتق مع الطلقه الثانیه وفیما اذا لم یقع الطلقتین معا فی حال العبودیه ومضافا " الی عدم تمامیته فی ما اذا طلق زوجته فی حال الحریه طلقتین ثم استرق فانه لایمکن الالتزام بجواز الطلاق الثالثه للعبد بعد کونه حرا " فی الطلقتین ـ ان اصل المسئله ساقط عندنا فان الاعتبار بحال المراه فکل امراه حره وان کانت تحت عبد اذا استکملت الطلاق ثلاثا " مع تخلل رجعتین فی البین حرمت علی المطلق حتی تنکح زوجا غیره واما الامه فاذا طلقت طلاقین بینهما رجعه حرمت علی زوجها حتی تنکح زوجا غیره واما الامه فاذا طلقت طلاقین بینهما رجعه حرمت علی زوجها حتی تنکح زوجا " غیره وان کانت تحت حر .

کما فی صحیحه حماد بن عیسی عن ابیعبدالله (ع) قال قلت له اذا کانت الحره تحت العبد کم طلاقها قال فقال الطلاق والعده بالنساء .

وابی الصباح الکنانی عنه قال اذا کان الرجل حرا وامراته امه فطلاقها تطلیقتان واذا کان الرجل عبدا " وهی حره فطلاقها ثلث ـ الی غیر ذلک من الروایات الصحیحه الوارده فی المسئله وافتی بمضمونها الاصحاب .

(فی اختلاف الدین)

الرابعه اختلاف الدین فسخ لاطلاق فان کان من المراه قبل الدخول سقط به المهروان کان من الرجل فنصفه علی قول مشهوروان کان بعدالدخول فقد استقر ولم یسقط بالعارض.

اما فی صوره اسلام المراته قدیقال انه بمنزله الفسخ فاذا انفسخ العقد الذی کان قداوجب قبل استیفاء المعوض رجع استحقاق العوض الی مالکه سیما مع کون الفسخ من قبلها باسلامها وتقصیره بعدم اسلامه لایرفع مقتضی قاعده الفسخ وثبوت المهر فی ذمته لو ماتت اومات علی القول به کما هوالمشهور لیس من جهه کون موت احد الطرفین فسخا" فلذا لایحرم اللمس والتقبیل بشهوه ونحوه ذلک.

لکن یمکن منع کون الفسخ فی المقام فسخا" عقلائیا حتی یوجب رد کل عوض الی صاحبه وعلی فرض قبول الفسخ فانما هوبالنسبه الی الطرفین من حین اسلام احدهما لاکونه کاشفا عن عدم الزوجیه من حین العقد الی قبل زمن الاسلام ومن الواضح ان حکم الشارع بعدم الزوجیه یترتب علیه الانفساخ القهری واما عدم المهر فلادلیل علیه بعدثبوته بالعقد.

وکون المهر فی مقابل البضع والفرض عدم استیفامه لوکان صحیحا" لاوجب عدم المهر فی صورت موت کلواحدمنهما قبل الدخول ولا یتلزم به الاصحاب فمقتضی القاعده هوثبوت المهر الا انه لابدمن رفع الید عنها بصحیحه عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن(ع) فی نصرانی تزوج نصرانیه فاسلمت قبل ان یدخل بها قال قدانقطعت عصمتها منه

ولامهر لها ولاعده علیها منه .

ثم ان الظاهر من کلامهم انقطاع العصمه بمجرد اسلام المراه او الرجل قبل الدخول لکن الالتزام به مشکل مع اسلام الزوج بعد اسلامها بلافاصله .

ویدل علی بقاء الزوجیه صحیحه السکونی عن ابیعبداله (ع) قال قال امیرالموءمنین فی مجوسیه اسلمت قبل ان یدخل بها زوجها فقال امیرالموءمنین (ع) لزوجها اسلم فابی ان یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق وقال لم یزدها الاسلام الاعزا " فان عدم الالتزام بذیل الروایه وهوالحکم بنصف الصداق لایوجب رفع الید عن صدرها الدال علی بقاء الزوجیه فی صوره اسلام الزوج بعداسلامها بعداخطاره وانه اذا لم یسلم یوجب ذلک انفساخ العقد بینه وبین زوجها باسلامها .

ویدل علیه ایضا صحیحه حسین بن سعید عن القاسم بن محمدالجوهری الکثیرالروایه عن رومی بن زراره عن عبیدبن زراره قال قلت لابیعبدالله النصرانی یتزوج النصرانیه علی ثلثین دنا "اوثلثین خنزیرا ثم اسلما بعدذلک ولم یکن دخل بها قال ینظر کم قیمته الخنازیروکم قیمته الخمر ویرسل به الیها ثم یدخل علیها وهما علی نکاحهما الاول .

فان هذه الصحیحه وان کان بصددبیان امرآخرلان الکلام فی اسلامهما فمن البعیدان یکون اخرشهاده المراه مقارنه باخرشهاده الرجل بل هونادر یلحق بالعدم فالمرادمن اسلام الزوجه قبلها اسلامها وعدم اسلام الزوج بعدتکلیفه ودعوته الی الاسلام فیحکم بعدذلک بالانفساخ

وبذلک یقید صحیحه ابن الحجاج الدال علی انقطاع العصمه فانها تنقطع بعد عدم اختیاره الاسلام والاحتیاط والاستصحاب ایضا یقتضی عدم الانفساخ مضافا الی صریح دلاله صحیح السکونی بذلک ولا یمکن رفع الید عن مضمونها بعد عدم ثبوت اعراض المتقدمین منا ،واعراض المتاخرین منا مما لاوقع له علی فرض ثبوته .

واما اذا کان الاسلام من الرجل ففی المسئله اقوال فالمشهور علی النصف تنزیلا له منزله الطلاق قبل الدخول من جهه کون الطلاق ایضا نوع فسخ ومن جهه ان النصف هو المتفق علیه بین القول بالجمیع والقول بالنصف ومن جهه صحیحه الحضرمی عن ابی عبدالله قال اذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت منه امراته کما تبین المطلقه ثلاثا ـ فانها داله علی الفسخ وکونه کالطلاق .

وفی الکل کما تری لان کون الطلاق نوعا من الفسخ لایقتضی ان یکون الفسخ ایضا کالطلاق فان التنصیف بذلک حکم تعبدی ولیست المسئله ذات قولین حتی یوخذ بالقدر المتیقن وهو النصف بل قول بعدم شی علیه والروایه بصدد بیان البینونه الابدیه کالمطلقه ثلاثا وقد حکم فی الروایه باعتداد الزوجه فهی فی صوره الدخول وفرض المسئله فی صوره ارتداد الرجل دون ارتداد المراه بعد کونهما معا مسلمین لا فی صوره اسلام احدهما بعد کونهما خارجین عن الاسلام فلا یمکن الاخذ بالروایه فی المقام من جهات کما لایخفی .

وقد یقال بالجمیع بدعوی ایجاب العقد له اجمع فیستصحب ثبوته

بعدان لم یکن الفسخ من قبلها وتقصیرها بعدم الاسلام لایرفع اصل استحقاقها الثابت لها بالعقد.

واورد علیه بان مقتضی الفسخ هوردکل عوض الی صاحبه فیتجه ح سقوط الجمیع خصوصا بعدان لم یکن هوسببا للفسخ بل السبب انما هو حکم الشارع .

لکنک قدعرفت سابقا عدم تمامیه الفسخ العقلائی بل هوتعبد بالفسخ من جهته الشارع ولیس فی البین دلیل علی ترتب جمیع آثار الفسخ العقلائی علی الفسخ التعبدی والتفکیک فی الاثار بعدما علم من مذاق الشرع علی تفریق المتفقات وجمع المفترقات فقدعرفت القول الثالث مع دلیله فلانعید .

بل یمکن ان یقال ان الفسخ انما هوبالنسبته الی اثرالعقد لا العقد نفسه فالفسخ یوجب سلب الملکیه الحاصله بالعقد لا جعل العقد کلا عقد وفی المقام ایضا " یجعل الزوجیه کلا زوجیه تعبدا " فی عالم الشرع فالمنافع قبل سلب الملکیه وجمیع الاثارالمترتبه علی الملکیه قبل الفسخ هی من ناحیه المشتری وکذا فی المقام من ناحیه الزوجه علی طبق القاعده من دون احتیاج الی التماس دلیل آخر غیر مقتضی العقدالی زمن الفسخ والعقدفی حدذاته لم یوجب دواما حتی یرفع الفسخ اثرالعقد وهوالدوام بل العقداوجب الملکیه والزوجیه ومقتضی الملک والزوجه ان تکونا دائمتین لاهومن مقتضی العقد وتعبیرات کتب الفقه من جهته قصدا لتفهیم لامن جه بیان الواقع واما اذا کان اختلاف الدین بعدالدخول بان کفرا وکفرت

بعدالدخول بها فلا یسقط بذلک من المهر شی لاستقراره بالدخول الموجب للتمامیه وحصول المعاوضه بین تمام المهروبین استیفاء البضع ان لم نقل باستقرار الملکیه حین العقد ولاستقراره بالدخول فیستصحب کما اعترف به فی المسالک وادعی انه محل وفاق .

ولو اسلما دفعه فالعقد بحاله کما فی صحیحه طلحه بن زید عن ابیعبدالله (ع) قال سالته عن رجلین من اهل الذمه اومن اهل الحرب تزوج کل واحدمنهما امراه ومهرها خمرا" وخنازیر ثم اسلما قال ذلک النکاح جایز حلال لایحرم من قبل الخمر والخنازیر وقال اذا اسلما حرم علیهما ان یدفعا الیها شیئا من ذلک یعطیها صداقها وفی الوافی علی مانقله عن الکافی ولکن یعطیها صداقا ولم یفرق بین الدخول وعدمه .

واما لولم یعلم الحال وجهل التاریخ لکن احتمل وامکن الاقتران فحکم بالصحه وبقاء الزوجیه عندجماعه واما اذا علم عدم الاقتران اوالاصل یقتضی ذلک فقد یقال بعدم الاستحقاق علیه شیئا واما بناء علی ماقلناه فلابدمن الجمیع اوالنصف علی قول من قاسه بالطلاق وقدسبق منا انه فی صوره اسلام الزوج بلا فاصله ایضا یشکل الحکم بالافتراق بمقتضی صحیحه السکونی وغیرها ـ واما مع الدخول فلا یحتاج فی اثبات جمیع المهرالی شیی اخروراثه .

واما اذاتنازعا فادعت الزوجه سبق اسلام الزوج حتی تستحق بذلک نصف المهراوالجمیع علی القول به قبل الدخول وادعی الزوج سبق اسلامها حتی لاتستحق المطالبه علیه وکذافی صوره ادعاء کفره من

الزوجیه او ادعاء کفرها من قبل الزوج فالذی یقتضی القاعده هوان قول الزوجه موافق للاصل وهوثبوت المهر بالعقد فرفع الید عن مقتضاه یحتاج الی بینه من ناحیه الزوج فاذا لم یقم علی دعواه بینه یوخذ منه المهرویسلم الی الزوجه بلااشکال .

****

ولو کان المهر فاسداً" وجب به مهرالمثل مع الدخول وقبله نصفه ان کان الفسخ من الرجل والمراد بالفاسد اختلال شرائط الصحه کالجهاله وغیرها لامن حیث تحریمه فی شرع الاسلام کالخمروالخنزیر کماسیاتی- فقد یقال کماهو المشهور علی الظاهر بثبوت مهرالمثل مع الدخول .

فالفسادتاره من جهه المجهولیه واخری من جهه تسلیمه مال الغیر بعدکونه کلیا وثالثه من جهه تسلیم مال الغیر بعدکونه هوالمهرخارجا" .

واما فی صوره کون المهر مجهولا فبعدا قرارهم علیه فی دینهم وتراضی الطرفین بذلک قبل اسلام احدهما وحصول القبض بل ومع الدخول ایضا لادلیل علی ازید من کونه مهرا" فثبوت مهرالمثل باسلام واحدمنهما یحتاج الی دلیل والحال انه مفقودفی المقام وکذا القول فی صوره الفسخ اذاکان قبل الدخول وقدعرفت ان مقتضی القاعده هو عدم التنزل الی شیی آخر فیحکم بثبوت مهریه ما اخذته فی حال الکفر قبل الدخول کائناماکان .

واما من جهته تسلیم مال الغیر بعدکون المهر کلیا ثابتا" فی

ذمه الزوج فلا یتزل بعده الی مهر المثل وکذا الکلام فی صوره کون المهر شیئا خارجیا " فظهر مال الغیر فعلی القول بعدم الانفساخ کما اذا تزوج نصرانیه فاسلم فانه یجوزله البقاء علی الزوجیه استدامه کما کان له التزویج علی النصرانیه ابتداء فلاکلام فی ثبوت مهر المسمی فیطالب بالبدل مثلا اوقیمه کما فی صوره التلف قبل القبض ـ فمع تعذر التسلیم لایوخذ بمهر المثل بل الثابت فی الذمه هو مهر المسمی فیوخذ ببدله عندالتعذر کما هوظاهر ، وکذا علی فرض الانفساخ وبالجمله ظهور کون مهر المسمی مال الغیر لایوجب التنزل علی مهر المثل وانکان هذا هو ماافتی به المشهور من المتاخرین الا ان الحق احق ان یتبع فلا بد فی صوره فساد المهر التنزل الی المثل ان کان مثلیا اوالقیمه انکان قیما وطریق الاحتیاط واضح.

***

ولو لم یسم مهرا والحال هذه کان لها المتعه کالمطلقه وفیه تردد فان کان بعد الدخول فقد یقال بثبوت مهر المثل بلا اشکال کما عن المسالک لانه عوض البضع حیث لم یسم غیره وان کان للخدشه فیه مجالا بعدکون ذلک مساوقا لعدم المهر اصلا ومنزلا علی صوره التصریح بعدم المهر فی شرعهم فبعد الاسلام لادلیل علی ثبوت مهر المثل بالدخول خصوصا اذا کان الدخول قبل الاسلام کما هو المراد ظاهرا "نعم لو قام الاجماع علی ثبوت مهر المثل فی صوره عدم المهر والتصریح بعدمه مطلقا سواء کان الزوجین مسلمین اوکافرین کما هو المسلم فی صوره اسلامهما کان لثبوت مهر المثل وجه .

واما مع عدم الدخول وكان الفسخ من قبل الرجل قيل كان لها المتعه كمالوطلقها حينئذ وقيل باحتمال عدم وجوب شيی عليه لاصاله البرائه وحملها على المطلقه قياس وربما قيل بوجوب نصف مهرالمثل وهوايضا لادليل عليه وكان عدمالوجه المعتبراوجبالتردد من المصنف فلم يجزم بشی فالمتجه عدم ثبوت شيی عليه بعد اجراء قاعده الاقرار.

واحتمال ان يكون استيفاء البضع من الاسباب التی تترتب عليها مسبباتها فهو ح كاتلاف الكافر مال الكافرالاخر.

واختصاص قاعدهالاقرار بالنسبته الى الصحه والفسادفی العقود لافی مطلق الضمانات ـ لاوجه له بعدكون استيفاء البضع عندهم من قبيل اكل مال الغير باذنه فان الاتلاف المقارن باذن صاحب المال لايوجب سببا قهريا للضمان حتی فی شرعنا الا انه قام الاجماع على ان الدخول يوجب مهرالمثل ان لم يكن فی البين مهر وصرحوا بعدم المهر وعموم ذلک حتی بالنسبته الى زمن الكفر ممنوعه ـ واما اختصاص قاعده الاقرار بباب العقود لامطلق الضمانات ممنوعهلقيام الدليل على الالتزام بماالتزموا به انفسهم من غير تفصيل .

والايه وهی قوله وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين وكذاالروايات الوارده فی تفسيرالمتعه وانهافی صوره عدم الفرض وبيان ما يجب على الموسر والمعسر بحسب شان كل واحدمنهم مختصه بصوره الطلاق فلا يستفادحكمالفسخ منها بای وجه الاعلى القول بالقياس الباطل عندنا ـ فالقول بعدم وجوب شيی عليهفیصوره عدم

الفرض هوالاولی کما ذهب الیه جم غفیر من علمائنا رضوان الله علیهم اجمعین .

ثم ان فی اطلاق عباراتهم من الرجوع الی مهرالمثل اذا کان الفساد من جهه اختلال بعض الشرایط لیس علی ما ینبغی لعدم صحه الرجوع الی مهرالمثل علی الاطلاق کما اذا کان للمهرالمجهول حد فی صوره القله اوالکثره کالماه مثلا فانه لایوخذ باقل من الماه فی صوره القله اذاکان مهرالمثل اقل من ذلک وکذالا یوخذباکثرمن ماه، اذاکان مهرالمثل ازید من ذلک فلا بدلهم توضیح ذلک .

***

ولو ادخل الذمی واسلم وکان المهر خمرا " ولم تقبضه قیل سقط وقیل یحب مهرالمثل وقیل یلزمه قیمته عندمستحله وهوالاصح .

وجه السقوط تعذر اقباضه بعدالاسلام بالنسبه الی المسلم فسقطت المطالبه به وفیه مضافا الی امکان الخدشه فی اطلاق دلیل حرمه الخمر حتی بالنسبه الی التسلیم الی مستحله ان صرف التعذر عن التسلیم لایوجب السقوط بل ینزل معه الی قیمته عندالمستحل. او یرشدالیه بنحومن الاشاره من دون تسلیم .

ووجه الرجوع الی مهرالمثل عدم رضائها الابالمهروالفرض سقوطه عنه بعدالاسلام فیرجع الی مهرالمثل وقدیستدل به الی روایه طلحه بن زید المتقدمه بناء علی نسخه الکافی علی مارواه الوافی من کون الصداق نکره بقوله (ولکن یعطیها صداقا) وفیه ایضا ان تعذر التسلیم من قبل الزوج لایوجب سقوط المالیه من ذمته عندالعقلاء

وصحیحه طلحه بن زید قدعرفت نسخه الوسائل والموجودفیها یعطیها صداقها والمرادهوالمهرالمسمی مضافا الی اشعارحکمه الصداق الی مهرالمسمی فانه عباره عماتصادق علیه الزوجان وهوعباره اخری عن مهرالمسمی .

ووجه الرجوع الی القیمه باعتبارکونها اقرب شی الی الخمر مثلا بعدتعذر التسلیم ولان مهرالمثل قدیزید عن المسمی والزوجه معترفه بعدم الاستحقاق وکذاقدینقص عن المسمی والزوج معترف بان ماوجب علیه ازید من المثل کما فی صوره اکل مال الغیر باذنه علی مبلغ معین فبعدالاجازه علی مقدارمعلوم فانه‌لایوخذ بازیدمما اجازه ولا انقص ولوجوب قیمه الخمر لواتلفها المسلم علی ذمی وترافعا الینا ولصحیحه رومی بن زراره عن عبیدبن زراره قال قلت لابی عبید ابن زراره قال قلت لابی عبدالله (ع) النصرانی یتزوج النصرانیه علی ثلثین دنا خمرا " وثلثین خنزیرا ثم اسلما بعدذلک ولم یکن دخل بها قال ینظر کم قیمه الخنازیروکم قیمه الخمرویرسل بهالیها ثم‌یدخل علیها وهما علی نکاحهما وفی السندالقاسم بن محمدالجوهری وهوکثیر الروایه ومتقن الحدیث فلایضر فی صحه الحدیث بعدکونه موثقا ولا اشکال علیه بضعفه کما عن الجواهر ممالاینبغی ولایفرق فی الحکم بین کون الخمر معینا اوکلیا فی الذمه وبین قبض البعض قبل اسلامهما وعدمه .

****

(المسئله الخامسه) اذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم علیه وطی زوجته المسلمه ووقف نکاحها علی انقضاء العده ، لافرق فی الارتداد بین کونه قبل الدخول اوبعده لانه کفر یمنع التناکح بینه وبین المسلمه والتقیید ببعدیه الدخول فی کلام المصنف لیترتب علیه الحکم الذی بعده وقدتقدم سابقا ان الارتداد اذا کان عن فطره بانت منه مطلقا ولووطئها لشبهه علیها فعلیه مهراخر للشبهه وان کان عن مله فان کان قبل الدخول حصل البینونه وان کان بعده وقف علی انقضاء العده فان اسلم استمر علی النکاح الاول وان بقی علی ارتداده انفسخ النکاح من حین الکفر فلووطئها لشبهه علی المراه فمع الرجوع فی العده لاشیی علیه لکشف الاسلام عن الزوجیه عن اول الامر واما اذا لم یسلم حتی خرجت العده فان علیه المهر للشبهه کما فی الفطری .

ثم ان موردکلام المصنف وعده من الاصحاب کالعلامه فی التحریر هو وطی الزوجه المسلمه واما غیرالمسلمه فقدتقدم مناعدم الدلیل علی انفساخ الزوجیه اللهم الا ان یقال ببینونه الزوجه مطلقا بمقتضی صحیحه محمدبن مسلم قال سالت اباجعفر علیه السلام عن المرتدفقال من رغب عن الاسلام وکفربما انزل الله علی محمد (ص) بعداسلامه فلاتوبه له وقدوجب قتله وبانت منه امراته ویقسم ماترک علی ولده ـ الا انه یقیدبالفطری .

وروایه مسمع بن عبدالملک عن ابیعبدالله قال قال امیرالموء منین

(ع) المرتد (في التهذيب عن الاسلام) تعزل عنها مراته ولاتوكل ذبيحته ويستتاب ثلاثه ايام والاقتل يوم الرابع .

لكن المشهور على خلاف مضمون هذا الخبر لعدم قبول توبته ظاهرا" بالنسبه الى القتل بل يقتل وان كان توبته مقبوله في الواقع اضف الى ذلك ان عزل المراه عباره اخرى عن المنع عن الوطي وكنايه عنه لا البينونته بالفسخ كما في الروايه الاولى مع انه يختص بالملي كما في روايه على بن جعفر عن اخيه ابي الحسن(ع) قال سالته عن مسلم تنصر قال يقتل ولا يستتاب قلت فنصراني اسلم ثم ارتد قال يستتاب فان رجع والاقتل .

الا انها يمكن تقييد هما بموثقه عمار الساباطي التي قال فيه كل مسلم بين مسلمين والمفروض منها كون الطرفين مسلمين .

+***

ولو وطئها بالشبهه وبقي على كفره الى انقضاء العده قال الشيخ عليه مهران الاصلي بالعقد والاخر للوطي بالشبهه وهو مشكل لانها في حكم الزوجه اذا لم يكن عن فطره ، والمراد من الوطي بالشبهه هنا ايضا كغيره هو وطي الاجنبيه لشبهه انها حليله اما لشبهه في الموضوع كما اذا كان قاصدا لوطي امراه اخرى فصادف زوجته او لاجل شبهه في الحكم كما اذا جهل بالانفساخ او علم لكن نسي بعده او غفل عن ذلك الى غير ذلك من صور الشبهه في الحكم والموضوع .

فلو كان المرء عالما بالتحريم لحق الولد بالمراه ويحد الرجل حد الزاني ولها عليه مهر المثل ولاعده عليها على الاصح وان كان هو

الاحوط كما سياتي في موضعه ولو كانت المراه عالمه بالتحريم وجهل الواطي لحق به النسب ووجبت له العده وتحد المراه حد الزانيه ولا مهر لها لانها بغي تستحق شيا.

ثم انه يدل على ثبوت المهر في وطي الشبهه صحيح سليمان بن خالد قال سالته عن رجل تزوج امراه في عدتها قال فقال يفرق بينهما وان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له ابدا وان لم يكن دخل بها فلاشيء لها من مهرها.

وخبر علي بن ابي حمزه عن ابي بصير عن ابي عبدالله انه قال في رجل نكح امراه وهي في عدتها قال يفرق بينهما ثم يقضي عدتها فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما الحديث - الى غير ذلك فان العله منصوصه يوخذ بها في كل مكان واختصاصها بموردها مما لاوجه له.

ثم ان المراد من المهر في باب الوطي في العده هو مهر المسمى واما في المقام الظاهر هو مهر المثل والوجه في ذلك ان المقام لم يكن فيه مهر المسمى بخلاف الوطي في العده فلا بد من الرجوع الى مهر امثالها.

ولافرق في ان استحلال الفرج يوجب المهر فيما اذا كان مع العقد كما اذا وطي بعد الارتداد زوجته بعقد جديد لتوهم صحه النكاح والمشهور عدم الفرق بين كون المراه المعقود عليها شبهه او الموطوئه بلا عقد ذات عده او ذات بعل او غير ذلك من موجبات فساده فما يظهر عن البعض في ثبوت مهر المسمى فيما اذا كان مع العقد الفاسد مطلقا مما لاوجه له.

والظاهر من كلام الشيخ وصريح العلامه في التحرير بقوله فان وطئها ولم يرجع في العده كان عليه مهر المثل هو ثبوت مهر المثل لعدم المسمي في المقام واثباته باعتبار المهر الثابت عليه قبل الارتداد قياس مع الفارق .

(في النزاع بين الشيخ والمحقق)

وعمدة الكلام في المقام هو النزاع بين الشيخ قده والمحقق ره حيث حكم الاول بثبوت المهر والثاني استشكل عليه ببقاء الزوجيه اذا لم يكن عن فطره ـ فلا يترتب علي وطيه شيي فلو رجع لم يحتج الي عقد جديد والارتداد في المقام ليس كالطلاق الرجعي الذي لا يوجب البينونه بحال ـ وقال في المسالك ولعل هذا اقوى فمع اختيار قول صاحب المسالك لاحد عليه لانها في حكم الزوجه وان كان ممنوعا من الوطي واما علي مذهب الشيخ فيشكل ذلك ـ واورد عليه في الجواهر بانه قد بان ببقائه علي الكفر انها قد بانت منه باول ارتداده وليس في شيي من الادله ما يقتضي كونها بحكم الزوجه حتى بالنسبه الي ذلك ما دامت العده انتهى .

لكن يرد عليه ان مستند المحقق لو كان هو حسنه ابي بكر الحضرمي المقدم المحمول صدرها علي البينونه بعد خروج العده وعلي عدم الرجوع حتى خرجت العده فهي داله بذيلها انه لو مات او قتل قبل انقضاء العده ترث عنه وتعتد عده المتوفى عنها زوجها ـ فهي تدل علي بقاء الزوجيه الي انقضاء العده وحمل الارث علي صرف التعبد في غايه البعد اللهم الا ان يقال ان الارث لا يدل علي بقاء الزوجيه حتى

خرجت العده کما فی المرتد الفطری فان الزوجه ترث منه مع عدم بقاء الزوجیه من حین الارتداد کما یدل علیه صحیحه ابی ولاد الحناط عن ابی عبدالله (ع) قال سالته عن رجل ارتد عن الاسلام لمن یکون میراثه فقال یقسم میراثه علی ورثته علی کتاب الله.

لکن مع ذلک کله یمکن الفرق بین المرتدین باعتبار ان المرتد الفطری کالمیت یقسم امواله علی ورثته فهو فی حکم المیت بخلاف المرتد الملی فان عود الزوج عن الارتداد یکشف عن بقاء الزوجیه بل یحکم ببقاء الزوجیه الی حین انقضاء العده فیحکم بالبینونه بعد الانقضاء - واما عدم الدلاله علی اثبات بعض اللوازم کالارث اذا قتل اومات قبل انقضاء العده وکذا العده ای عده الوفاه بعد انقضاء العده فهو کما تری فانها من آثار بقاء الزوجیه الا ان یدل دلیل علی صرف التعبد فی امثال المقامات.

ثم ان المرتد الفطری او الملی اذا لم یقتل لاجل مانع من الموانع وآمن بعد الارتداد ففی جواز تزویج المسلمه له تردد ومجرد عدم قبول توبته ظاهرا " لایدل علی عدم ایمانه واقعا کما حقق فی باب الطهاره فیبقی التزویج الجدید بحاله .

***

(فی ان عودالمرتدالملی یکشف علی بقاء)
(الزوجیه بل هی زوجه الی انقضاء العده)

کما اختاره ثانی الشهیدین بل لامانع من تزویج الزوجه الاولی التی فارقها بالعقد الجدید لقبول توبته واقعا والحکم بالقتل لاجل الارتداد لالعدم کونه مسلما ،

ثم ان المرادمن الوطی بالشبهه الوطی الذی لیس بمستحق فی نفس الامر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق اوصدوره عنه بجهاله مغتفره فی الشرع اومع ارتفاع التکلیف بسبب غیرمحرم والمراد بالجهاله المغتفره ان لایعلم الاستحقاق ویکون النکاح مع ذلک جائزا ظاهرا " کمالواشتبه علیه مایحرم من النساء بمایحل الی غیرذلک فاما الوطی مع التوبه بالحرمه فی شریعه الاسلام کمااذاوطی المرتد زوجته مع العلم بحرمه ذلک فی شرع الاسلام لکنه لایعتنی بالاسلام ولابالحرمه بل یوطی زوجته باعتباربقاء الزوجیه العرفیه ویفرق بنظره بینه وبین الزنافالظاهرعدم کونه وطیابالشبهه فانه زناء فی شرع الاسلام وانه لایجوز له وطی زوجته المسلمه کماقدعرفت من عباره المحقق ففی حال الارتدادالوطی محرم علیه فی شرع الاسلام ویوجب فاعله الحدعلی الظاهر .

ویتفرع علی ماذکروا انه لووطی زوجته بعدالارتداد ثم اسلم قبل انقضاء العده فیکشف ذلک عن بقاء الزوجیه من حین الارتداد فلو ماتت فی اثناء العده فاسلم قبل انقضاء العده التی کانت علیه لو

لو کانت حیا یکشف ذلک عن بقاء الزوجیه فیکون وارثا قبل القسمه ویقدم علی سایر الوراث اذا کان مقدما فی الدرجه کما اذا مات ابنه فی زمن عده الزوج فاسلم بعد ذلک فانه یرثه ویقدم علی سایر الوراث .

ثم انه لو کان المرتد الفطری له ذمه ومال (ای اکتسب بعد ارتداده علی القول بالملک) یوخذ المهر من ماله والا فالظاهر تسلیم مهر المثل الی الزوجه من بیت المال وکذا فی المرتد الملی فانه لایزول ملکه عن ماله الی القتل فیوخذ من ماله ویسلم الی الزوجه .

ثم لایخفی علیک جریان الاحکام المزبوره فی ارتداد المراه قبل الدخول سواء کان ملیا اوفطریا فانها تبین من زوجها ومع الدخول بها یقف الانفساخ علی انقضاء العده فان رجعت قبله کانت زوجه والا انکشف انها بانت من اول زمان الارتداد فمع اتفاق موت الزوج قبل انقضاء العده واسلامها قبله یکشف ذلک عن بقاء الزوجیه بینهما الی حین موت الزوج ویترتب علیه احکامه ومع الوطی بالشبهه فی حال ارتدادها اذا قلنا بحرمه بضعها فتاخذ مهر المثل ومع اسلامها قبل انقضاء العده یکشف به عن بقاء الزوجیه فلاتستحق شیئا علی الزوج من جهه الوطی .

*****

(المسئله السادسه) اذا اسلم وعنده اربع وثنیات مدخول بهن لم یکن له العقد علی الاخری ولا علی اخت احدی زوجاته حتی تنقضی العده مع بقائهن علی الکفر، ولم یتعرض لحکم غیر المدخول بهن لبینونتها بمجرد الارتداد سواء کانت ملیه اوفطریه.

قال فی التذکره لو اسلم زوج الوثنیه فنکح فی زمان التوقف اختها المسلمه او اربعا سواها لم یصح وکذا لوکان قد طلقها طلقه رجعیه فی الشرک ثم اسلم ونکح فی العده اختها المسلمه او اربعا" سواها لان الوثنیه فی معرض العود وزوال نکاحها غیر معلوم فلیس له ان ینکح من لایجوز الجمع بینها وبین المستخلفه وبه قال الشافعی ویحتمل ان یقف نکاح الاخت او الاربع کما یتوقف فی نکاح المستخلفه فان اسلمت المستخلفه تبین بطلان نکاح الثانیه وان اصرت علی الکفر حتی انقضت العده تبین منه وبه قال المزنی انتهی.

وفی المسالک بعد القول بعدم خروجهن عن الزوجیه مطلقا لرجاء عودهن فی العده فیعدن الی الزوجیه بالنکاح السابق فکان ذلک کالعده الرجعیه التی لایصح فیها نکاح الخامسه ولا اخت المطلقه احتمل توقف نکاحها کما وقف نکاح المتخلفه عن الاسلام فمع الاسلام یتبین بطلان النکاح الجدید وان اصرت حتی انقضت العده تبینت منه.

ولایخفی علیک بعد عدم حرمه مقدمه الحرام عدم اشکال فی العقد علی الاخت وعلی الخامسه لکن یتوقف ترتب الاثر واحکام الزوجیه علیها باسلام الوثنیات وعدمه کما ان عقدهن ایضا مراعی فان اسلمت کشف عن

بطلان نکاح الجدید وان اصرت صح .

ومجردکون المردد من مشتبه الموضوع وعدم جوازالاقدام علیها کالامراة المشتبه حالها انها ام اولا ممالاوجه له مضافا الی امکان الخدشه فی مسئلهالمشتبهه فان الممنوع هوترتب آثار الزوجیه علی المنکوحهالمراعی صحه نکاحها لامجردالعقدلعدمالمانع من اجراء العقد علیها مراعی برفع المانع کمااذاعقدعلی الفضولی لکن لایجوزالدخول علیهاالا بعدالاجازه وقبل الاجازه یکون العقد مراعی .

وقد ظهر مماتقدم ایضا ان من عقدعلی امراه فضولا یجوزله ان ینکح امها قبل الاجازه خلافا للجواهر حیث حرم ذلک فان العقد الفضولی قبل الاجازه کلاعقد کمااذا باع داره من زیدفضولاثم ظهر له ان یبیع من عمرواصاله فلا یبقی معه موضوع لاجازهالبیع الاول الواقع فضولا ومانحن فیه من هذا القبیل اذمع العقدعلی الاماصاله لایبقی محل لصحه عقدالبنت والذی یعتبر فی باب الفضولی ویترتب علیه الاثر هوالعقدالمنسوب الی الطرفین والفرض عدم الانتساب من احدالطرفین فلایترتب علیهاثراصلا" .

***

لواسلمت الوثنیه فتزوج زوجها باختها قبل اسلامه وانقضت العده

وهوعلی کفره صح عقدالثانیه لظهور بینونه الاولی بخروج عدتها وعدم اسلامه فیها فیکون عقدالثانیه بلا معارض وکونه لواسلم تکون الاولی زوجه له غیرقادح بعدجوازمثله فیدینه وقیاسه علیعقدالاخت

في عده اختها الرجعيه قياس مع الفارق اذا لمطلقه الرجعيته زوجه وعدم اسلامه في عده الاولى يكشف عن عدم الزوجيه من حين اسلامها فلا جمع بين الاختين في حال اسلامه ولا في حال كفره .

فلو اسلما قبل انقضاء عده الاولى تخير كما لو تزوجها وهي كافره والوجه في ذلك انه باسلامه في عده الاولى يكشف ذلك عن بقاء الزوجيه بينهما واستمراره والعقد على الثانيه في حال كفره ايضا كان جايزا" له وله الخيار في اختيار اي منهما الا ان يقال انه باسلامه يكشف عن استمرار الزوجيه بينه وبين الاولى حتى في حال كفره وصحه العقد الثانيه ايضا يستلزم بعد الكشف الجمع بين الاختين فهو لا يجوز بالنسبه الينا لا بالنسبته الى الكفار وكيف كان فظهر مما ذكرنا انه لو اسلمت الثانيه بعد انقضاء عده الاولى مع اسلام الرجل قبل انقضاء عده الاولى فانه ايضا يحكم بصحه عقد الثانيه ويحكم بالتخيير بينهما .

ولا يفرق فيما ذكر بين انقضاء عده الاولى قبل الثانيه او بعدها ان اتفق ذلك كما اذا رات الاولى الدماء في ستته اشهر ورات الثانيه الدماء في شهرين لان المناط في انقضاء العده انما هو بحساب كل واحد منهما ولا ربط لاحديهما على الاخرى .

***

(فی التخییر بین الاختین اذا اسلم بعد الاولی واسلمت)
(الثانیه قبل خروج عده الاولی بل وبعدو)

ثم انه اذا ماتت الاولی قبل اسلام الزوج والزوجه الثانیه فلا اشکال فی صحه عقد الثانیه ولزومه واذا ماتت بعد اسلام الزوج وقبل اسلام الزوجه الثانیه فانه کان له التخییر بعد اسلامه بینهما وان کانت اولیهما او احدیهما مسلمه کما هو المشهور وترجیح المسلمه احوط.

واذا لم یسلم حتی خرجت عده الاولی واسلم قبل خروج عده الثانیه اذا اسلمت قبل اسلامه فهی زوجه له دون الاولی واما اذا خرجت عده الاولی واسلم قبل اسلام الثانیه فانها اذا لم تکن وثنیه یحکم ببقاء الزوجیه بینهما واذا کانت وثنیه یتوقف علی انقضاء العده بعد الدخول.

ثم ان عباره المصنف مشعره بمفهومها علی ان التخییر للزوج فی صوره اسلامه واسلام الزوجه الثانیه قبل خروج عده الاولی فاذا اسلم الزوج بعد اسلام الاولی ثم اسلمت الثانیه بعد خروج عده الاولی فلا یحکم بالتخییر الا انه لاوجه له فان التخییر بالنسبه الی صحه عقد کل واحد منهما ولا دخل لخروج عده الاولی فی صحه عقد الثانیه فاذا فرض اسلام الزوج واسلمت الثانیه بعد خروج عده الاولی وقبل خروج عده نفسها یحکم بالتخییر ایضا للحکم بکونهما معا " تصلحان للزوجیه لانکشاف کون الاولی زوجه من حین اسلامها باسلام الزوج فی عدتها وانکشاف کون الثانیه ایضا زوجه له من حین اسلامه باسلامها فی عده

نفسها فله التخيير بينهما .

بل لوكانت الثانيه من اهل الكتاب وبقيت على كفرها فلا يحكم بانفساخ عقدها حتى بعدخروج عدتها والمانع انما هوالجمع بين الاختين بعداسلامه فله التخيير بينهماوان كانت الثانيه من اهل الكتاب ـ نعم لوبان ان اسلام الثانيه قدكان بعدانقضاء عدتها اذا كانت وثنيه اتجه انفساخ الثانيه وبقاء الاولى على الزوجيه مندون تخيير لانها بعدم اسلامها يكشف عن عدم الزوجيه بينهما من حين اسلامه .

****

(المسئله السابعه) اذا اسلم الوثنی ثم ارتدوا نقضت عدتها علی کفر فقد بانت منه ، والظاهر کون المراه ایضا وثنیه فمع ارتداد الزوج یحکم بالبینونه من حین اسلام المرء المقتضی لانفساخ النکاح

ولو اسلمت فی العده ورجع الی الاسلام فی العده فهو احق بها لکشف اسلامه عن عدم الانفساخ بالارتداد بین الاسلامین فمع الرجوع قبل انقضاء العده لا اثر له نعم لابد للمراه بعد اسلامها من ضرب العده لها من حین ارتداد الزوج فمع عدم رجوعه الی انقضاء العده تتزوج بای رجل کان .

لایقال ان اسلام الزوجه حین ارتداد الرجل لایوجب الکشف عن بقاء الزوجیه بعد رجوعه الی الاسلام قبل انقضاء عدتها وانما یحکم بالبقاء کشفا من جهه اسلامها بعد اسلامه قبل انقضاء العده فانه یقال انها باسلامها یحکم بالزوجیه من حین اسلام الزوج فالارتداد عارض وارد علی النکاح الصحیح فیحکم بالانفساخ من حین الارتداد اذا بقی علی ارتداده لا اذا رجع عنه قبله .

وان خرجت العده وهو کافر فلا سبیل له علیها لکشف عدم الرجوع عن البینونه من حین الرده وکذا الکلام اذا اسلمت المراه ثم ارتدت فان رجعت الی الاسلام قبل انقضاء العده فیحکم بالبقاء والا انکشف عن البینونه من حین الارتداد .

ثم ان کانت الرجل ایضا مرتدا لایجوز له العود الی الزوجه المسلمه کما هو واضح وعلی الکافره علی قول لکن اطلاق الدلیل الحا[illegible] کم

بالانفساخ بارتداد الرجل حتى في صوره كون المراه كافره من اول الامر قابل للخدشه كما تقدم ومورد كلام الاصحاب ارتداد الرجل اوهما معا بعد فرض اسلامهما لا بعد فرض كون الزوجه كافره من اول الامر.

وكيف كان ان كان الرجل باقيا على الارتداد ومليا يستتاب ولا قتل وان كان فطريا قتل.

(في نقل قول الاسكافي في الارتداد)

وان لم يتب وكان امراه حبست وضيق عليها في الماكل والمشرب كما سمعت فيما تقدم والمشهور بل المجمع عليه في الفطري هو الحكم بالبينونه من حين الارتداد وانفساخ النكاح بغير طلاق واعتداد المراه عده الوفات ثم التزويج بالغير ان ارادت ويقسم امواله على ورثته منها الزوجه بعد اداء ديونه كالميت ولا ينتظر موته ولا تفيد توبته ورجوعه الى الاسلام في رجوع زوجه وماله اليه الا ما يظهر عن الاسكافي تبعا لبعض العامه من ان الارتداد قسم واحد وانه يستتاب والا قتل وكما عن الحسن البصري القول بقتل المرتد من غير استتابه وعن ابي حنيفه والشافعي ومالك وعامه الفقهاء انه يستتاب سواء كان في الاصل مسلما فارتد او كافرا فاسلم ثم ارتد فان لم يتب وجب قتله ولعله يستفاد من كلام المسالك الميل الى قول الاسكافي وكيف كان فيقبل توبته على المشهور باطنا" بل ظاهرا "ايضا بالنسبه الى بعض الاحكام فيطهر بدنه وتصح عباداته ويملك الاموال الجديده بالاكتساب كالتجاره والحيازه وبالاسباب القهريه كالارث ويجوز له

التزويج بالمسلمه بل له تجديد العقد على الزوجه السابقه و ان كانت امراه بقيت اموالها على ملكها ولاتنتقل الى الورثه الا بالموت الى غير ذلك من الاحكام المتفرعه على الارتداد في الرجل والمراه هذا كله في صوره الرجوع الى المراه.

واما اذا تزوج المرتد في حال الارتداد ثم اسلم في عده الزوجه الاولى فان اطلاقات الادله المتقدمه هو الكشف عن بقاء الزوجيه السابقه بالاسلام واما صحه العقد الجديد في حال الارتداد بالاسلام فلا يقاس عليه بل هو يحتاج الى دليل براسه وهو مفقود في المقام و هو ابتداء النكاح .

وكذلك اذا اسلمت زوجه الكافر ثم تزوج الكافر في حال كفره على المسلمه اذا فرضنا ذلك ثم اسلم بعد ذلك في العده فانه لا يحكم بصحه النكاح وان يكشف ذلك عن بقاء النكاح بالنسبه الى الزوجه الاولى فان نكاح الكافر للمسلمه ابتداء ليس بصحيح والفرض انه اوقع النكاح في حال الكفر فبالاسلام يكشف عن بقاء الزوجيه الاولى وعن استمرار النكاح لاعن صحه النكاح الجديد في حال الكفر.

****

(المسئلة الثامنه) لو ماتت احديهن بعد اسلامهن قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها فان اختارها ورث نصيبه منها وكذا لو متن كلهن كان له الاختيار فاذا اختار اربعا ورثهن لان الاختيار ليس استيناف عقد وانما هو تعيين لذلك العقد الصحيح - ولايخفى ان محل الكلام خصوصا بملاحظه ذكر هذه المسئله بعد مسائل الارتداد واختلاف الدين عدم الفرق بين كونه كافرا" اصليا" فاسلم قبل القسمه او كافرا" عارضيا" كالمرتد واطلاق الادله الداله على الارث قبل القسمه محكمه في المقام كما في صحيحه ابن سكان عن ابي عبدالله (ع) قال من اسلم على ميراث قبل ان يقسم فله ميراثه وان اسلم وقد قسم فلا ميراث له وبهذا المضمون صحيحه محمد بن مسلم من غير فرق بين الكافر الاصلي والعارضي وخدشه البعض في هذا ليس في محله .

ثم ان الظاهر من قول المصنف ان الاختيار ليس استيناف عقد وكانه سئوال عن جواب مقدر اشار اليه في المسالك ومجمل القول هو حرمتهن عليه باسلامه قبل اسلامهن فالعود الى الحل يحتاج الى دليل ولايكفي في ذلك اسلامهن بعد اسلامه لانه ليس سببا" تاما في الحل بل لابد معه من الاختيار فمع فرض موتهن قبل تمام السبب يحكم بالبطلان كما في موت احد المتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول او القبض

والجواب هو ما اشار اليه ان الاختيار ليس استيناف عقد بل هو تعيين لذلك العقد الصحيح وانطباقه على الخارج كما في البيع

الكلي وانطباقه على الخصوصيات الخارجيه فباسلامهن يتحقق صلاحيه كل واحدمنها على الزوجيه بعدالعلم بان له زوجات اربع بنحوالكلي فبالاختيار يتحقق ذلك الكلي في الخارج والمانع هوالكفرفقد زال بالاسلام قبل قسمه الاموال والمانع من اختيار الجميع هوزيادتهن على العددالشرعي والامرفيه اليه لا اليهن وقوله عليه السلام لابي الغيلان امسك اربعا واترك سائرهن انما هوظهور موردلانه من باب الاشتراط كما اشار اليه صاحب الجواهر .

فمع الحكم بتحقق الزوجيه ولوبعدالاختيار يترتب عليه احكام الزوجيه من جوازالنظر اليها والتغسيل بعد الموت وكونه اولى به وعدمالحدفي صوره الوطي ميتا " مثلا الى غير ذلك - فان الموت ليس فاسخا " للزوجيه فمع موت الزوجه اذا شككنا في جوازالنظروعدمه يحكم بالجواز بالاستصحاب ويتم ذلك فيما نحن فيه وهوصوره الاختيار بعدموت الزوجه بعدم القول بالفصل بين ما كانت الزوجيه مسلم الثبوت فماتت اومتوقفا على الاختيار فاختار بعدالموت فالظاهر عدم التفصيل في الاحكام بين الصورتين .

xxxx

ولو مات ومتن قيل يبطل الخياروالوجه استعمال القرعه لانهن وارثات وموروثات .

فعن العلامه في مسئله اختلاف الدين في التذكره لومات و متن كلهن قبل الاختيار لم يبطل الاختيار ايضا واستعملت القرعه لان فيهن وارثات وموروثات فما يظهر من الجواهر بعدم وجودالخلاف بين

من تعرض من الاصحاب للمسئله ببطلان الخیار مما لاوجه لهلتعرض العلامه فیها علی القرعه کالمحقق .

ووجه کونهن وارثات باعتبار موته قبلهن فیرثن الثمن ان کان له ولد والربع ان لم یکن ومورثات ان فرض موتهن قبله او بعضهن وارثات مع فرض موتهن بعده ومورثات اذا متن بعده ولابعدفیه فان الزوج بالنسبه الی بعض زوجاته وارث وبالنسبه الی البعض الاخر مورث .

وعن العلامه فی التذکره عن ابن شریح من العامه ان الربع اوالثمن یقسم بالسویه لان البیان غیرمتوقع وهن جمیعا معترفات بان الاشکال ثابت فی الجمیع وانه لامزیه لاحدیهن علی الاخری بخلاف مالوقال لاحدی زوجیه ان کان هذا الطائرغرابا فانت طالق و قال للاخری ان لم یکن غرابا فانت طالق فاشکل فان هناک الاشتباه انما هوعلینا دون الله فانه یعلم حال الغراب ویعلم الطالق منهما .

****

(فی عدم اختصاص الوجه بالقرعه بل)
(الوجه الاخر هو التشریک ایضا)

وهنا لایمکن ان یقال انه تعالی یعلم المختارات منهن مع انه لم یوجد منه اختیار لانه تعالی یعلم الاشیاء علی ما هی علیه فالمعین فی نفسه یعلمه معینا وان اشتبه علینا والمبهم فی نفسه یعلمه مبهما فلا یمکن تخصیص احدیهن بالمیراث عندنا ولاعندالله تعالی نعم انه تعالی یعلم انه یختار من کان یختار انتهی والعبارة الاخیره مندمجه وان کان المراد معلوما فان الله تعالی وان کان ملهم الاختیار لان مثل ما نحن فیه مثل مالکیه المن من الصبره علی نحو مالکیه الکلی فی المعین فلا واقعیه له الا بعنوانه الکلی القابل للانطباق علی احد المصادیق الخارجیه ومجرد علم الله بالانطباق بای مصداق لایوجب تعین المصداق الکلی وخروجه عن العنوان الکلی حتی یکون له واقع غیر معلوم عندنا کما هو واضح .

وخلاصه الکلام فی المقام ان المسئله ذات اقوال قیل ببطلان الخیار وقیل بالقرعه وقیل بالایقاف حتی یصطلحن بالتساوی او المتفاوت لان الحق منحصر فیهن ومال الیه فی المسالک تبعا لمجامع المقاصد وقیل یقسم بالسویه لان البیان غیر متوقع مع اعتراف الجمیع بالاشکال وعدم مزیه واحد منهن علی الاخر فهو کما لو اشتبه المال بین المدعیین فانه یحکم بالانقسام بالسویه حسما لماده النزاع مع العلم فی بعض الصور بان ثمره التقسیم توجب اعطاء الغیر المستحق وحرمان ذی الحق ومجرد اعترافهن بان المستحق انما

الغیر المستحق وحرمان ذی الحق ومجرداعترافهن بان المستحق انما هواربع لازیدلایوجب الفرق بین المقامین بعد کون الفرض هو حسم ماده الفساد.

ویمکن ان یقال ان مرادالمصنف ایضا هوذلک کما سیاتی فی المسئله التاسعه التعرض للقرعه اوالتشریک مع اتحادالمسئلتین فی المناط والملاک لعدم الفرق بین موته وموتهن ولم یکن خیار کما هنا وبین موت الزوج وبقائهن ولم یکن خیارفان بقاء الزوجات وموتهن لایوجب تفاوتا بعدماکان الاختیار لغیرهن وهوالزوج وهو مفقودفی المقامین والفرض عدم الاختیار فی المقامین فمع التصریح بالتشریک اوالقرعه فی المسئله الاتیه یکون حکم هذه المسئله ایضا کذلک من غیر فرق بینهما لاتحادمساقهما ومجردتعرضه بالقرعه هنا وبیان الوجهین هناک للارشاد الی عدم بطلان الخیار فی هذه المسئله بل الوجه هوالقرعه فالتعرض للقرعه فقط لاجل الخروج عن القول بالبطلان لان القرعه متعین - وبیان الوجهین یوضح مراده فی هذالمقام ایضا والله هوالعالم - ومما ذکرنا ایضا یظهر وجه الاحتیاط فی کلامه .

***

ولومات الزوج قبلهن کان علیهن الاعتدادمنه لان منهن من تلزمه العده ولما لم یحصل الامتیاز لزمن العده احتیاطا بابعدالاجلین اذکل واحده یحتمل ان تکون هی الزوجه وان لاتکون فالحامل تعتد بعده الوفاه ووضع الحمل والحائل تعتد بابعدالاجلین من عده الطلاق والوفاه .

لابدان يقال ان الاحتياط ليس متعينا " فی هذه المسئله ايضا بعد تعيين الوارثات منهن بالقرعه اذ استحقاق الارث باعتبار الزوجيه الاربع منهن بالقرعه فيحكم باخذهن عده الوفاه عليهن والفراق علی غيرهن ومجرد القول بالتفكيک فی بعض الاثار دون بعض يحتاج الی دليل نعم اذا قلنا بالتشريک لحسم ماده الفساد فللا عتداد وجه وكذا اذا قلنا بان القرعه طريق للحاكم فی حسم النزاع كالتشريک لانها معينه للموضوع الذی يجری عليه جميع الاحكام فلا يمكن الامتياز من جهته الاعتداد وان امكن من جهته الارث هذا الا انک قد عرفت فيما تقدم بجريان جميع احكام الموضوع كما فی احراق الموطوئه من الغنم بعد احرازها بالقرعه فان فی المقام ايضا يعين بالقرعه الزوجات ثم يجری عليها احكام كل بحسبه .

وكيف كان فابتداء عده الوفاه من حينها واما عده الاقراء فعن التذكره بقوله واما الاقراء فيحتمل ذلک لانه لايقين لنا قبل ذلک بشروعها فی العده وهو احد قولی الشافعی ويحتمل الاعتبار من حين اسلامهما ومن حين اسلام من سبق اسلامه ان تعاقبا فيه لان الاقراء انما تجب لاحتمال انها مفارقه قد انفسخ نكاحها والانفساخ يحصل من ذلک الوقت

واورد عليه فی جامع المقاصد بان لقائل ان يقول ان الانفساخ انما يحصل من حين المفارقه بالاختيار ولم يتحقق ذلک فينبغی ان يكون ابتداء عدته من حين الوفاه لامتناع التاخر عنه وانتفاء ما يدل علی التقدم علی الوفاه لان اسلامهما او اسلام الاسبق منهما

لایقتضی المفارقه قطعا".

ویمکن ان یوجه ذلک بانه اذالم یکن اختیار فی البین فدار امر الازواج بین کونهن زوجات حتی لایجب علیها الاعده الوفاء وبین ان لاتکون زوجه فلایجب علیها الاعده الفراق فمع الحکم بعدم الزوجیه کان الحکم هوالاخذ بالاقراء من حین الاسلام لکنه مع احتمال انطباق عنوان الزوجیه علیها یشک من اول الامر فی التکلیف بالنسبه الی ماقبل الوفاء فالاصل البرائه فما عن الجواهر بان الاختیار حیث یحصل یکشف عن الفرقه من حین الاسلام المقتضی بینونه مازاد علی النصاب مما لاوجه له فان المفروض ان الاختیار لم یحصل نعم اذا حصل یکشف لکنه ماحصل .

لایقال انه بالنسبه الی مابعدالوفاء ایضا یشک فی الزوجه فالاصل البرائه من عده الوفاء - قلت فانه وان کان کذلک الا ان اجراء البرائه بالنسبه الی العدتین مما یخالف قول الاصحاب بوجوب عده الوفات للزوجات الاربعه ولوعلی النحوالکلی القابل للانطباق علی کل واحدمنها - ویفرق بین المقام وبین دوران الامربین کون زیدجنبا" اوعمرومع الیقن بان الجنب واحد منهما فان کل واحد منهما یجری البرائه واستصحاب الطهاره ویعمل بتکلیف نفسه بخلاف المقام الذی لیس له واقع معین بل علی النحوالکلی القابل للانطبا

ومن ذلک یمکن ان یقال ان حکمهم بالاحتیاط فی المقام بین العدتین لیس علی نحوالاحتیاط فی سایر المواقع فان الاحتیاط لاجل احرازالواقع والاصابه علی ان واحدا" من الصورتین فی صوره العلم

الاجمالي كما اذا يكون مديونا ودارا مرالداين بين زيدوعمرووكذا اذاكان واجب واقعي في البين ودارامره بين صلوه الظهراوالعصر اوالجمعه ونظيره الاحتياط في الشبهات البدويه لاجل احراز الواقع واما في مثل المقام فليس واقع في البين حتى يحتاط كل واحده من الزوجات في الاخذ بالعدتين والاخذ با بعدالاجلين اذليس في المقام واقع اصلا فانه كما يصلح ان يكون الزوجات الاربع مصداقا للانطباق فكذلك الاربع الاخرى من غيرفرق بينهما في صلاحيه الانطباق فبعدفرض عدم اختيارفي البين لاواقع في الخارج وغايه ما يمكن ان يقال ان فرض الاحتياط باعتباراحتمال زوجيه كل واحدمن الفرقتين من جهته الانطباق وليس لهما الا الاخذ بعده الوفاه وترك ماسوى ذلك والاخذ بعده الفراق في كل واحد من الفرقتين وترك عده الوفاء خلاف ما علم من موت زوج من يصلح للزوجيه من الفرقتين بالانطباق والزايد على ذلك مشكوك فيه .

ثم ان الزوجات اذالم يكن ممن دخل بهن فاللازم بناء على مختارهم هوالاخذ بعده الوفاء في كل واحده منهن لان كل واحده منهن يحتمل ان تكون زوجه ويتصور بقاء الزوجيه مع عدم الدخول بهن على تقديراسلامهن مقارنا لاسلامه كما صرح به فيالمسالك والا فلاعده في غيرالمدخول بهافدارامرالزوجات الغيرالمدخولات بين انفساخهن من حين اسلامه بحيث لايحتاج الى عده في صوره المقارنه وبينلزوم عده الوفاء لاحتمال الانطباق ويردعليه ايضا ما تقدم من ان الاحتياط في المقام ايضا ليس لاجل احرازالواقع كمافي سايرمواردالاحتياط

(المسئله التاسعه) اذا اسلم واسلمن لزمه نفقه الجمیع حتی یختار اربعا فتسقط نفقه البواقی لانهن فی حکم الزوجات وکذا لو اسلمن اوبعضهن وهو علی کفره.

هذا الحکم من متفرعات الزاید علی العدد قبل الاختیار وهو وجوب الانفاق علیهن الی ان یختار اربعا لان الانفاق علی الزوجات واجب بشرطه ولایتم الواجب الا بالانفاق علی الجمیع لاشتباه الاربع من بین ما زاد علیه.

وقید فی الجواهر ان موضوع الانفاق علی الجمیع فی صوره کون الزوجات کتابیات ووجهه ظاهر من جهه تمکنه فعلا من الاستمتاع والمانع هو الزیاده علی العدد بخلاف ما اذا کن وثنیات لعدم امکانه منهن الا ان عباره الشرایع مطلقه من هذه الجهته بل یمکن ان یقال ان المسئله من فروعات المسائل السابقه التی فرض فیها الزوجات وثنیات فاسلمن فلا یفرق فی ذلک بین کونهن قبل الاسلام وثنیات او کتابیات فان مجری المسئله واحد بعد اسلام الزوجات فیحکم ظاهرا" بالانفاق علی الجمیع الی ان یختار.

ویمکن ان یقال ان وجه التقیید ان عدم لزوم النفقه لو اسلم هو دونهن انما هو فی صوره کونهن وثنیات لا کتابیات لاستمرار النکاح فیهن دونهن.

فلا یتزلزل حکم النفقه مع بقاء الکتابیات علی دینهن بخلاف الوثنیات فلابد من تقیید مورد الکلام بالوثنیات لا الکتابیات علی عکس ما فی الجواهر الا ان یقال ان لزوم التقیید فی موضع لا یقتضی

التقیید فی اصل المسئله مع کون المقام من متفرعات المسائل السابقه وکون التعمیم اشمل واحسن من الاختصاص بقسم من الزوجات دون قسم اخر مع کون الفرع فی الزاید علی النصاب.

ثم انه یردعلی اصل المسئله بان الانفاق علی الجمیع لامعنی له بعداسلامه الکاشف عن بینونه مازادعلی النصاب فالواجب علیه انما هوالانفاق علی الاربع دون الزاید فیوقف حتی یمطلحن اویعین الاربع بالقرعه اوتقسم بینهن بالسویه.

بل یمکن ان یقال باختصاص النفقه بمن یختارها بعدالکاشف عن زوجیه المختارات وعن عدم زوجیه غیرها من حین الاسلام بل یمکن ان یقال انه مع فرض بقائه علی الکفر ایضا لایجب علیه فی صوره اسلامه الا انفاق الاربعه دون الزاید فیعین بالقرعه.

ودعوی کونهن قبل اسلامه فی حکم الزوجات کالمطلقه الرجعیه مجرد قیاس وان الاشتراک فی بعض الاحکام لایقتضی الکشف عن الموضوع وهوالزوجیه بخلاف المطلقه الرجعیه فانها زوجه فی جمیع الاثار الا مااستثنی.

****

ثم انه یتفرع علی وجوب الانفاق مطالبه الجمیع بالنفقه اذا امتنع من ذلک واشار الیه الماتن بقوله فلولم یدفع النفقه کان لهن المطالبه بها علی الحاضر والماضی سواء اسلم اوبقی علی کفره ـ وقدعرمت الوجه فی جمیع ذلک مع الایرادفلانعید.

وکیف کان فلا تلزمه النفقه لو اسلم دونهن لتحقق منع الاستمتاع منهن ، فهن فی حکم الناشز وهو الوجه فی سقوط النفقه الا ان یقال ان المنع انما هو من جهته الزوج لاسلامه لا من جهته الزوجه لبقائها علی دینها وکفرها والمقتضی للانفاق بالنسبه الی الزوجات موجود ولم یصدر منهن عصیان بالنسبه الی وظایف الزوجیه التی بها یستحق النفقه والتمرد عنها یوجب النشور واسقاطها وعدم جواز الوطی بالنسبه الی الزوج امر شرعی کالحیض والا فهی ممکنه وحاضره علی وطیه لها وبعباره اخری ان مخالفه الشرع اذا لم یود الی المخالفه بالنسبه الی وظائف الزوجیه لا یستلزم سقوط النفقه وفی المقام ایضا کذلک فان البقاء علی الکفر اعظم المخالفات الا انه لم یود الی مخالفه الزوج بما انه زوج وتفصیل الکلام فی باب النفقه .

والایراد علیه بان الاصل برائه الذمه من النفقه والقدر المعلوم انما هو الانفاق علی المتمکن من وطیها ویکفی فی تحقق السقوط مجرد الشک .

یدفع، بان الانفاق من اثار الزوجیه وهی موجوده فی المقام بالنسبه الی الاربعه التی یختارها واسلامهن بعد ذلک ولیس الکلام فی بقائهن علی الکفر حتی یخرج العده بل الکلام فی صوره اسلامهن قبل خروج العده واسلامهن بعد اسلامه بمده فهل یحکم بالنفقه فی ایام کفرهن اولا والحق ان یقال انهن باسلامهن یحکم بالبقاء علی الزوجیه اذا کن اربعه وفی صوره الزیاده علی العدد ایضا یحکم بالنفقه من زمن اسلامه بالنسبه الی الاربعه بعد اختیاره لها یکشف اسلامهن عن

الزوجیه وبقائها والاختیار لیس عقدا " جدیدا " بل هو معین للزوجات من بین الزاید علی النصاب وبقائهن علی الکفر بعد اسلام الزوج لا یضر بالزوجیه ومن آثارها الانفاق والمانع من الوطی شرعی بالنسبه الیه لا الیهن کما هو ظاهر. فظهر من جمیع ما ذکرناه انه فی صوره الاختلاف فی تقدم اسلامه او تقدم اسلامها انما ینفع فی اسقاط النفقه فی الصوره الاولی بناء علی تحقق النشور وعدم النفقه ایام بقائها علی الکفر وان رجعت الی الاسلام قبل انقضاء العده .

واما بناء علی عدم سقوط النفقه فی ایام بقائها علی الکفر وعدم صدق النشور بالنسبه الی کفرها فلا وجه للقول بالسقوط فی ایام کفرها سواء تقدم اسلامه علی اسلامها او تاخر فما عن المصنف بقوله - لو اختلف الزوجان فی السابق الی الاسلام فالقول قول الزوج استصحابا " للبرائه الاصلیه انما هو فی صوره صدق النشور والا فالزوجیه بعد استمراره باسلامها قبل الانقضاء هو السبب فی وجوب الانفاق هو الزوجه المطیعه لامر زوجها فهو ایضا متحقق علی الفرض والتمرد بالنسبه الی امر الله لا ربط له بوظائف الزوجیه .

فما اورده کاشف اللثام قدس سره من ان النفقه - لیس امرا " مستمرا من حین النکاح وانما تثبت یوما فیوما والاصل عدمها فی کل یوم الی ان یثبت موجبها وهو التمکین .

فقد عرفت جوابه من ان السبب فی الانفاق انما هو الزوجیه او الزوجه المطیعه والمنقاده الی امر زوجها فی وظائف الزوجیه والفرض انها کذلک ومجرد التمرد والتخلف لا یوجب اسقاط النفقه کما

اذا لم تكن تصلي ولاتصوم ولاتحج اذا كانت مستطيعه الا انها تطيع زوجها وتمكن من الوطي وهو المراد من التمكين وهو موجود بالنسبه اليها واما عدم جواز وطيه لها انما هو تكليف متوجه الى الزوج لا اليها والمانع انما حدث من قبله لامن قبلها - فمع ما ذكرنا لايبقى شك في المقام حتى يرجع الى استصحاب وجوب الانفاق الى ان يثبت المزيل نعم مع الشك في وجوب الانفاق لامانع من جريان الاستصحاب في الحكم بل الموضوع فيترتب عليه الاثر وهو وجوب الانفاق .

ومما ذكرناه يظهر حكم الاختلاف فيما لوقال للوثنيه اسلمت بعد اسلامي بشهرين فلا نفقه لک على الافيما بعدهما فقالت بل بشهر فان هذه المسئله من فروع المسئله السابقه لانها اذا اسلمت قبل انقضاء العده فاسلامها يكشف عن بقاء الزوجيه التي كانت سببا في وجوب الانفاق من غير فرق بين اسلامها بعدشهرين من اسلامه اوبعدشهر نعم اذاكان يدعي اسلامها بعدخروج العده الذي يكشف بذلک عن البينونه من حين اسلام الزوج وقالت المراه بل اسلامي كان قبل انقضاء العده فهل يحكم بقبول قوله لاصاله تاخر الحادث والبرائه من النفقه او قبول قولها لاصاله بقاء النكاح ففي الجواهر اختار ترجيح قول الزوج فان الاختلاف في الدين معلوم وهو مما يرفع النكاح رفعا مراعى فالاصل بطلان النكاح الى ان يسلم في العده

لكن يرد عليه ان استصحاب بقاء الزوجيه مما يرفع الشک بالنسبه الى موضوع الاختلاف في الدين والقدر المتيقن من الاختلاف في الدين الذي يرفع الزوجيه انما هو ما بعد العده وهو غير معلوم في المقام والاصل

عدمه هذا کله فی صوره کونها مدخولابها ـ الا یقال ان التمسک بالاستصحاب من موارد التمسک فی الشبهه المصداقیه للزوجیه فانه یقال ان الاستصحاب یوجب رفع الشک ویحکم بالزوجیه .

ثم انه لو ادعی السبق الی الاسلام قبل الوطی الموجب للبینوته بمجرد الاختلاف ای قبل کون المراه مدخولا بها والمراه تاره تدعی المقارنه (ولا یمکن ان تدعی السبق لانها تطالب المهر فاذا ادعت الاسلام قبل اسلام الزوج مع عدم الدخول فالحدث جاء من قبلها فلا تستحق شیئا) ففرض المسئله انما هی فی صوره ادعاء الزوج السبق الی الاسلام حتی یسقط نصف المهر علی الاشهر وجمیع المهر علی المشهور والزوجه تدعی المفارقه حتی تستحق المهر باجمعها واخری تدعی الوطی والرجل یدعی سبقه الی الاسلام قبل الوطی فالدعوی ترجع من طرف الرجل الی فسخ الزوجیه والمراه تدعی بقاء الزوجیه بالوطی ولایفرق فی دعواها سبقه الی الاسلام اوسبقها الیه اذ المقارنه بالنسبه الی بقاء الزوجیه وان کان یفرق بالنسبه الی النفقه بناء علی عدم التمکین واما اذا قلنا بالتمکین فتستحق النفقه ایضا فمع ادعاء الزوجه الوطی وبقاء الزوجیه وانکار الرجل ذلک ویقول بالانفساخ قبل الوطی فرجح فی القواعد قول المراه لان الاصل بقاء استحقاق المهر الذی قدوجب بالنکاح وانما یسقط بالمسقط والاصل عدمه .

واورد علیه فی الجواهر بان الاصل عدم الوطی وقدیستشکل بان استحقاق جمیع المهر انما هو بالوطی والاصل عدمه لکن الحق ان یقال

ان الاصل بقاء الاستحقاق بالنسبه الی جمیع المهر الی ان یثبت المزیل والاصل عدمه ـ وادعاء الانفساخ یحتاج الی دلیل .

اضف الی ذلک ان استصحاب عدم الوطی لایثبت الانفساخ الاعلی القول بالمثبت ولایقول به صاحب الجواهر .

****

(فی بیان احکام صور العلم الاجمالی)

(بادعاء الرجل والمراه اوانکارهما)

واما اذا ادعت المراه المقارنه والزوج ینکر ذلک ویقول بعدم المقارنه ویدعی العلم الاجمالی بتقدم اسلامها علی اسلامه حتی لاتستحق شیئا اوتاخر اسلامها عن اسلامه حتی تستحق النصف علی الاشهر- فیدور الامر فی هذه المسئله بین عدم استحقاق الزوجه شیئا اواستحقاقها النصف والمرائه تدعی جمیع المهر- فهل یقدم قوله بناء علی الظاهر من عدم المقارنه بین الاسلامین اویقدم قولها بناء علی الاصل من بقاء الزوجیه الی ان یثبت خلافه وهی السبب فی استحقاق جمیع المهر ولم یرجع فی الجواهر واحدا" من الوجهین والحق فی هذه المسئله ایضا الحکم بالبقاء علی الزوجیه الی ان یثبت المزیل والزوج یدعی الانفساخ وقوله غیر موافق للاصل،والظاهر وان کان عدم المقارنه الا ان المهم هو اثبات الانفساخ والاصل عدمه والله العالم .

واما لوادعی سبق اسلام المراه قبل الدخول حتی لاتستحق شیئا وادعت المقارنه وبقاء الزوجیه والاصل بقاء الزوجیه الی ان یثبت الانفساخ .

ولوادعی سبق اسلام المراه بعد الدخول حتی لاتستحق الانفاق فی الزمن الفاصل بین الاسلامین وادعت المقارنه فالاصل هو الانفاق الی ان یثبت المزیل ولوادعی سبق اسلامه بعد الدخول وادعت المقارفه

فلا یسقط شیئی من النفقه وکذلک لو ادعی سبق اسلامه وادعت سبق اسلامها (بناء علی وجوب الانفاق ولو کان اسلامها متقدما) والاصل هو الانفاق الی ان یثبت المزیل الی غیر ذلک من الفروع فی المقام

ومن فروعات الباب ایضا لو ادعت الزوجه سبق اسلام الزوج قبل الدخول حتی یوجب الانفساخ وتخلص من تحت سلطنه الرجل ویدعی الرجل المقارنه فی الاسلام حتی تکون الزوجه زوجه له فبناء علی ما تقدم الاصل عدم الانفساخ حتی یثبت بالدلیل وکذا اذا ادعت المراه اسلامها بعد انقضاء العده حتی یحکم بالانفساخ ولکن یدعی الرجل اسلامها قبل انقضاء العده حتی یحکم ببقاء الزوجیه وکذا الکلام لو ادعت المراه السبق بالاسلام قبل الوطی وادعی الرجل المقارنه فان الاصل هو بقاء الزوجیه وکذا لو ادعی الرجل المقارنه وادعت المراه اما تقدم اسلامها او تقدم اسلامه حتی یحکم بالانفساخ قبل الوطی الی غیر ذلک من الفروع التی یمکن استخراج حکمها مما ذکرنا.

ثم انه لو کان بین الزوجات وارثات وغیر وارثات فی صوره الزیاده علی النصاب ففی المحکی عن القواعد والمبسوط عدم الایقاف لهن بل لایورثن اذا کن غیر الوارثات من اهل الکتاب اربعا فما فوقه کما لو کان معه اربع وثنیات واربع کتابیات فاسلم الوثنیات خاصه ثم مات الزوج قبل التعیین والوجه فی ذلک عدم العلم بالزوجه الوارثه لاحتمال ان یکون الزوجات منحصره فی غیر الوارثات لکن فی التذکره استقرب الایقاف لعدم العلم باستحقاق الورثه جمیع الترکه لاحتمال زوجیه الوارثات کما یوقف المیراث اذا کان فی البین حمل ورجاء

زوال الشک فی الحمل وعدم رجائه فی المقام لایفرق فیما هو المهم والنزاع فی الارث وان لم یکن من الکتابیات لعدم ارثهن من المسلم الا انه یقع النزاع بین الزوجات الوثنیات التی اسلمن مع ورثه المیت سواء کان من اولاد الکتابیات او الوثنیات او لم یکن ولد فی البین بل النزاع بینهن وبین اخوه المیت مثلا فالنزاع وان کان بالنسبه الی المال لکن منشائه انما هو احتمال انطباق عنوان الزوجیه علیهن او علی غیرهن من الکافرات فاذا تعینت الزوجات بالقرعه یرتفع النزاع الا ان یحکم الحاکم بالتشریک بینهن والورثه الاخری ویظهر من ذلک ایضا حکم ما لو اصاب القرعه باثنین من الکتابیات واثنین من الوثنیات الی غیر ذلک من الصور.

ثم انه لو اسلم الکتابیات قبل القسمه فیحکم بالایقاف لعدم الفرق بین الوارث اذا اسلم قبل القسمه اذا کان زوجه او غیره والبحث فی المقام موکول الی باب الارث ـ واذا ظهر ما تقدم فترجع الی المتن.

****

ولو مات ورثه اربع منهن لکن لما لم یتعین وجب ایقاف الحصه علیهن حتی یصطلحن والوجه القرعه اوالتشریک ولومات قبل اسلامهن لم یوقف شیی لان الکافر لایرث المسلم ویمکن ان یقال یرث من اسلمت قبل القسمه ، فهل المراد من الوجهین الاشاره الی امکان وجهین فی المقام من دون اختیار شیی منهما او اختیار واحد منهما فی حسم ماده النزاع والفتوی منه الی التخییر بین الامرین والشهید فی المسالک وان اختار الاول الا انه لم یدل دلیل من کلامه الیه ولا الی الثانی وان کان یصر الیه صاحب الجواهر.

فهل یحکم باتحاد المسئلتین من جهته المناط وهی موتهما معا " اوموته مع بقائهن علی الکفر وتقدم البحث عن الاولی فی المسئله الثامنه واختار المصنف هناک القرعه واما الثانیه وهی موته علی بقائهن واختار ههنا القرعه اوالتشریک والوجه فی اتحاد المناط بینهما ان وجود الزوجات کما هنا وعدم وجودهن کما هناک لا یضر بالمقصود فان وجودهن کعدمهن اذ لیست لهن الخیار اصلا سواء متن او بقین والخیار انما هو للزوج وهو میت فی الصورتین فالخیار انما هو معدوم لعدم صاحبه فالحکم بالتشریک فی هذه المسئله یوجب القول بالتشریک فی المسئله السابقه ایضا فحیث لم یتعرض فیهما الا بالقرعه یکشف ذلک ان التعرض لها فقط فیها لاجل الخروج عن القول بالبطلان لفوات محل الاختیار فی تلک المسئله بخلاف هذه المسئله لبقاء محل الاختیار فیها وان لم یخترفات من له الخیار هذا

لكن يمكن ان يقال بوجود الفرق بين المسئلتين فان المانع فی المسئله الاولی هو اشتان عدم وجود من له الخيار وعدم وجود موضوع الاختيار، بخلاف هذه المسئله فان الموضوع على الفرض موجود لان ذو الخيار معدوم فيكفی هذا فی الفرق بين المسئلتين.

وكيف كان ثم انه لو مات قبل اسلامهن ولا يسلمن حتى قبل القسمه فلا حق لهن واما اذا اسلمن قبل القسمه فهل يرثن من جهته عدم الفرق بين اسلام الورثه قبل الاسلام بين الزوجه وغيرها اولا يرثن للفرق والظاهر عدم الفرق لاطلاقات الارث قبل القسمه وانهن يرثن اذا اسلمن اوترث من اسلمت منهن قبل القسمه .

****

(فی ان المراد من الکفائه هو الاسلام)

مسائل من لواحق العقد وهی سبع الاولی الکفائه شرط فی النکاح وهی التساوی فی الاسلام وهل یشترط التساوی فی الایمان فیه روایتان اظهرهما الاکتفاء بالاسلام وان تاکد استحباب الایمان وهو فی طرف الزوجه اتم لان المراه تاخذ من دین بعلها .

الکفائه بالفتح والمد مصدر بمعنی المماثله قیل فعن المفید وابن حمزه ایضا وابن الجنید ان المراد به المماثله من جهة الاسلام الا ان الاخیر وافقهم فی غیر من تحرم علیه الصدقه لکن المتتبع یجد موافقه معظم الاصحاب خصوصا المتقدمین من اصحابنا علی ان الشرط هو المماثله فی الاسلام من دون اعتبار امر زاید وان الایمان بالمعنی الاخص غیر معتبر اصلا .

فعن ناصریات السید ما لفظه الکفائه معتبره فی النکاح والکفو فی الدین ، وفی النسب روایتان الذی یذهب الیه اصحابنا ان الکفایه فی الدین معتبره لانه لاخلاف بین الامه فی انه لایجوز ان یزوج المراه المسلمه الموء منته بالکفار واما الکفائه فی النسب فلیست شرطا فی النکاح ولم یختلف الفقهاء فی ان عدم الکفائه لایبطل النکاح الا ما حکی عن ابن الماجشون فانه ذهب الی انها شرط فی صحته وابن حمزه فی الوسیله بعد ذکر ما یستحب فی النکاح ما لفظه ویکره ان یزوج کریمته من خمسه من المستضعف المخالف الامضطرا " ومن شارب الخمر والمتظاهر بالفسق وغیر المرضی الاعتقاد والسیی السیره فالسید

انما اعتبر الکفائه فی الاسلام واخرج به التزویج بالکفار لا لمسلمین وقد عد فی الوسیله مما اکره التزویج بغیر مرضی الاعتقاد وهو غیر الشیعه من فرق المسلمین الا ما استثنی من النواصب والخوارج کما سیاتی وعن الشیخ فی الخلاف مسئله ۷۲ النکاح، الکفائه معتبره فی النکاح وهی عندنا شیئان احدهما الایمان والاخر امکان القیام بالنفقه وقال الشافعی شرائط الکفائه سته النسب والحریه والدین والصناعه والسلامه من العیوب والیسار ولم یعتبر ابو حنیفه واصحابه الحریه ولا لسلامه من العیوب الی ان قال دلیلنا اجماع الفرقه واخبارهم وایضا قوله تعالی فانکحوا ما طاب لکم من النساء ولم یشرط وما ذکرناه مجمع علیه وایضا قوله (ع) المؤمنون بعضهم اکفاء بعض تتکافا دمائهم ویسعی بذمتهم ادناهم.

وقریب مما ذکر ما ذکره فی المبسوط فان ملاحظه کلامه من الصدر الی الذیل وخصوصا بملاحظه ایراده فی قبال العامه ومنهم الشافعی ینادی جهارا بعدم اعتبار شیئ زاید علی الاسلام فی الکفائه وهو المراد من الایمان فی کلامهم کما یوضح ذلک الاستدلال بقول رسول الله (ص) المؤمنون بعضهم اکفاء بعض ولم یکن فی زمن رسول الله للایمان الا معنی واحد وهو الاقرار بالوحدانیه ونبوه نبینا صلی الله علیه وآله وسلم والاقرار بما جاء به النبی اجمالا فی الاصول والفروع ومنه مسئله الولایه والامامه الذی یعترف به المسلمون ولو بنحو الاجمال واعتبار شی زاید علیه یحتاج الی دلیل.

وفی محکی الغنیه الکفائه ثبتت عندنا بامرین الاول الایمان

وامكان القيام بالنفقه بدليل الاجماع المشار اليه ولان ما ذكرناه مجمع على اعتباره وليس على اعتبار ما عداه دليل ولكن البناء عندنا ان الكفائه المعتبره في النكاح امران الايمان واليسار بقدر ما يقوم بامرها والانفاق عليها والايراعي ما عدا ذلك من الاسباب والصنايع والاولى ان تقول ان اليسار ليس بشرط في صحه العقد وانما للمرئه الخيار اذا لم يكن موسرا بنفقها ولايكون العقد به باطلا بل الخيار اليها وليس كذلك خلاف الايمان الذي هو الكفر اذا بان كافرا" فان العقد باطل ولايكون للمرئه الخيار كما كان لها في اليسار انتهى فان كلامه ايضا بعد تصريحه بالكفر في قبال الايمان انما هو الاسلام لا الايمان بالمعنى الاخص .

فمن جميع ما ذكرنا ظهر لك ان ما نسب الى المشهور كما عن العلامه في المختلف لاسبيل اليه ولاوجه له اصلا فان من تقدم هم اساطين الاصحاب واهل الحل والعقد واليهم يرجع في المشتبهات وفي تشخيص ما اختلف مما اتفق فبعد ملاحظه كلامهم لايبقى ريب في عدم اعتبار غير الاسلام في المماثله وانه الميزان سواء كان من طرف الزوج او الزوجه فلا اشكال في جواز نكاح المخالفه كما لا اشكال في جواز نكاح المومنه مع المخالف .

فظهر مما ذكرنا عدم شهره بين الاصحاب في مسئله تزويج المومنه من المخالف فعن الجواهر بعدم قائل صريح معتدبه من القدماء بعدم جواز نكاح المومنه غير المومن ولو من فرق الاماميه كالواقفي وغيره ممن جرى عليه حكم الاسلام في هذه الحال .

وعن شیخ مشایخنا صاحب الدرر فی تقریراته انه لادلیل علی اشتراط الکفائه فی الایمان بالمعنی الاخص فی صحه النکاح و ان ما استدلوا به علی اشتراطها لادلاله له علیه وعلی تقدیرها لابدمن حمله علی الکراهه جمعا" بینه وبین مادل من النصوص المتواتره علی الاکتفاء فی صحه النکاح بالکفائه فی الاسلام الذی هو مجرد شهاده ان لااله الاالله وان محمدا" (ص) رسول الله (ص) فنکاح الموء منه من المخالف کالعکس اعنی نکاح الموء من من المخالفه انشاء الله تعالی لااشکال فی جوازه انتهی .

ولابدلنا من صرد الاخبار الوارده فی المقام حتی یتضح ماهوالمرام وانها علی طوائف .

منها الاخبار الداله صریحا بعدم الاعتناء بمذهب المخالف وجواز التزویج الیهم الصریح فی جوازتزویج الموء منه من المخالف ورفع الید عن موردهذه الطائفه من الاخبار یوجب طردها بالمره لانها تخصص بغیرها کما لایخفی بخلاف التصرف فی الاخبار الداله علی ان العارفه لایوضع عندالمعارف وان المراه تاخذ من ادب زوجها فان حملها علی الکراهه کماهوظاهرها مع قطع النظر عن الروایات المجوزه بمکان من الامکان اذلایوجب ذلک طرحا لطائفه الاولی بل تحمل هذه علی الکراهه وهی علی الجواز کماهوصریحها .

فمنها مارواه فی الکافی عن عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد وعن محمدبن یحیی عن احمدبن محمدجمیعا عن علی بن مهزیار قال کتب علی بن اسباط الی ابی جعفر (ع) فی امربناته وانه لایجداحدا مثله

فلا تنظر فی ذلک رحمک الله فان رسول الله (ص) قال اذا جاءکم من ترضون خلقه ودینه فزوجوه الاتفعلوه تکن فتنه فی الارض وفساد کبیر.

ففی هذه الصحیحه وجوه من الدلالات الاول قوله (ع) فلاتنظر فی ذلک فان المشار الیه انما هو الدغدغه التی کانت فی ذهن علی بن اسباط (ع) من التزویج بالمخالف مع کون بناتها موء منه فنهی الامام عن ذلک فقال لا تنظر فی ذلک والثانی استدلاله (ع) بعدذلک بقول رسول الله وهو المناط فی الزواج فالملاک الوحید هو رضایته دینه وخلقه فمن المعلوم ان الدین هو الاقرار بالشهادتین فی زمن الرسول لا زید من ذلک والثالث الاستدلال بقوله تعالی الاتفعلوه الخ فانه یحرض علی النکاح وان عدم التزویج یوجب بروز الفساد وظهور فساد کبیر من عدمه فالخدشه فی الروایه من جهه عدم العلم بالمماثله تاره وعدم رضاء دین المخالف اخری وانه (ع) بصدد اعطاء القاعده الکلیه من دون نظر الی المورد الی غیر ذلک اجنبیه عن مساق الروایه وان الصریح فیها المماثله من جهته المذهب وانه لایجد احدا مثله فی کونه شیعه کما ینادی به قوله علیه السلام فهمت ما ذکرت بالاشاره والکنایه من دون تصریح بذلک .

ولوکان الامام بصدد اعطاء القاعده الکلیه من جهه الملاک فی التزویج وعدمه فهو خلاف ظاهر الروایه من جهته انه بصدد بیان وظیفه علی بن اسباط وانه لابد من التزویج بالمخالف والایوجب ذلک الفتنه والفساد ولوکان الامام بصدد النهی لما قال ذلک بل قال فانتظر ولا

تعجل وزوج ممن ترضی دینه وبالجمله صراحه الروایه فی الحض علی التزویج للمؤمنه بالمخالف مما لایکادینکر بالنسبه الی هذه الروایه کمالایخفی .

ومنها صحیح ابراهیم بن محمدالهمدانی قال کتبت الی ابی جعفر (ع) فی التزویج فاتانی کتابه بخطه قال قال رسول الله (ع) اذا جائکم من ترضون خلقه ودینه فزوجوه الاتکن فتنه فی الارض وفساد کبیر .

ومنها روایه عیسی بن عبدالله عن ابیه عن جده عن علی(ع)قال قال رسول الله (ص) اذاجائکم من ترضون خلقه ودینه فزوجوه قلت یارسول الله وان کان دنیا " فی نسبه قال اذاجائکم من ترضون خلقه ودینه فزوجوه الاتفعلوه تکن فتنه فی الارض وفسادکبیرالی غیرذلک من الروایات التی بصدد بیان کسر عنق الجاهلیه والتعصبات القومیه التی کانت تمنع عن التزویج بمن هوادنی نسباوالروایات فی ذلک کثیره کماسیجبی فی ضمن الروایات الداله علی اعتبار الکفووانه لیس الا الاسلام ـ فالمستفادمن هذه الطائفه ان الملاک فی الزواج هوکون الزوج مرضی الدین واما اعتبار الخلق والامانه فانه مستحب لاشرط والمراد من الامانه هوالامانه فی الخلق بالنسبه الی زوجه بحیث لولم یکن خلیقا وامینا یوجب ذلک الفراق والشقاق فی کثیر من المواردفلا اشکال فی مراعاته فی اول الامر .

الطائفه الثانیه مادلت علی خصوصیه فی فاطمه علیها سلام الله بحیث یستفاد منها انه لولم یکن خصوصیه فیها من قبل رب العزه

کانت هی ایضا احدی النساء المسلمات یجوز تزویجها من کل احدمن المسلمین .

کما فی مرسله الصدوق قال قال رسول الله (ص) انما انا بشرمثلکم واتزوج فیکم وازوجکم الافاطمه (ع) فان تزویجها نزل من السماء .

وفی الکافی بسنده عن ابان بن تغلب عن ابی جعفر علیه السلام قال قال رسول الله (ص) انما انا بشرمثلکم اتزوج فیکم وازوجکم الا فاطمه فان تزویجها نزل من السماء - فان استثناء فاطمه یدل علی عدم خصوصیه فی غیرها من المؤمنات والمسلمات فلا مانع من تزویجهن بای واحدمن المسلمین الاماخرج بالدلیل من النواصب والخوارج .

الطائفه الثالثه مایدل علی کون المؤمنین بعضهم اکفاء بعض - کما فی مرسله الصدوق عن الصادق علیه السلام المؤمنون بعضهم اکفاء بعض وفیه ایضا نظر النبی صلی الله علیه وآله وسلم الی اولادعلی وجعفرفقال بناتنا لبنینا وبنونا لبناتنا ، یتوهم فی بادی النظر انه (ص) حکم بکفو اولاد جعفر وعلی بعضهم من بعض لکن بقرینه الروایات الاخر یرفع الید عن هذه الظهور البدوی وان المراد منه ان ابناء المسلمین وبناتهم بعضهم اکفاء بعض کما یدل علیه ما رواه فی الکافی عن الحضرمی عن ابی عبدالله علیه السلام قال ان رسول الله (ص) زوج المقداد بن الاسود ضباعه بنت الزبیر بن عبد المطلب وانما زوجه لیتضع المناکح ولیتاءسوا برسول الله (ص) ولیعلموا ان اکرمهم عندالله اتقاهم - فان هذه الروایه یوجب

سلب الظهور عن الروایه السابقه والتاسی برسول الله یوجب القول بان المؤمنه کفو لکل مؤمن ایا من کان لان یکون بنات جعفر وعلی کفو البعضهم وعدم کونهم کفوا" لسایر الناس ـ اللهم الا ان یقال بالکفائه فیهم من جهته الشرف والفضیله .وان مراعاته استحبابی لالزومی .

وکما فی روایه علی بن بلال قال لقی هشام بن سالم بعض الخوارج فقال یا هشام ماتقول فی العجم یجوزان یتزوجوا فی العرب قال نعم قال فالعرب یتزوج من قریش قال نعم قال فقریش یتزوج فی بنی هاشم قال نعم قال عمن اخذت هذا قال عن جعفربن محمدسمعته یقول یتکافی فروجکم الحدیث .

فان القاعده الکلیه التی نقلها هشام عن الصادق علیه السلام لا ختصاص لها بمورد خاص بل یعم .

اینماکان فالمؤمنه اذا قتلت مسلما او بالعکس یوخذ بدمه فکذلک التزویج فاذا کان الدم مکافا من الطرفین فامر الفروج اسهل .

وصحیحه عبدالله بن سنان قال سالت اباعبدالله (ع) بم یکون الرجل مسلما تحل مناکحته وموارثه وبم یحرم دمه قال یحرم دمه بالاسلام اذاظهروتحل مناکحته وموارثته .

وصحیحه جمیل بن صالح عن سماعه قال قلت لابی عبدالله علیه السلام اخبرنی عن الاسلام والایمان اهما مختلفان فقال ان الایمان یشارک الاسلام والاسلام لایشارک الایمان فقلت فصفها لی فقال الاسلام شهاده ان لا اله الا الله والتصدیق برسول الله (ص) وبه حقنت الدماء و علیه

جرت المناکح والمواریث وعلی ظاهره جماعه الناس الحدیث .

وصحیحه حمران بن عین عن ابی جعفر (ع) قال سمعته یقول الایمان مااستقر فی القلب وافضی به الی الله وصدقه العمل بالطاعه لله والتسلیم لامرالله والاسلام ماظهر من قول اوفعل وهوالذی علیه جماعه الناس من الفرق کلها وبه حقنت الدماء وعلیه جرت المواریث وجاز النکاح واجتمعوا علی الصلوه والزکوه والصوم والحج فخرجوا بذلک من الکفر واضیفوا الی الایمان الحدیث .

وصحیحه الفضل بن یسار قال سمعت اباعبدالله یقول ان الایمان یشارک الاسلام ولایشارکه الاسلام ان الایمان ماوقر فی القلوب والاسلام ماعلیه المناکح والمواریث وحقن الدماء والایمان یشارک الاسلام والاسلام لایشارک الایمان .

وروایه القاسم الصیرفی شریک المفضل قال سمعت اباعبدالله (ع) یقول الاسلام یحقن به الدم ویودی به الامانه ویستحل به الفروج والثواب علی الایمان .

الی غیر ذلک من الاخبار المتضافره الداله علی ان حقن الدم والموارثه والمناکحه تجری مجری واحدا" ولایمکن اختصاص هذه الاخبار بصوره تزوج الرجل منهم بل المراد منها جواز تزویجها لمسلم الموء منه فکما ان دمه محقون فکذلک یجوز مناکحه الموء منه ومورد السئوال والجواب انما هو هذه الصوره واخراجها یستلزم اخراج المورد والفرد الشایع ولایمکن الالتزام به فهی بکثرتها توجب رفع الید عن الاخبار التی یتوهم دلالتها علی الحرمه کعدم وضع العارفه الا عند

العارف والمراه تاخذ من ادب زوجها فانها مضافا الی انها صریحه فی الکراهه یرفع الید عنها ویحمل علی الکراهه بقرینه الروایات المتقدمه کما سیجیی.

ومن الطائفه الثالثه صحیحه عبداله بن سنان قال سالت ابا عبدالله (ع) بم یکون الرجل مسلما تحل مناکحته وموارثته وبم یحرم دمه قال یحرم دمه بالاسلام اذا ظهر وتحل مناکحته وموارثته کما تقدم.

ومارواه فی المحاسن عن محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال سالته عن الایمان فقال الایمان ماکان فی القلب والاسلام ماکان علیه التناکح والمواریث وتحقن به الدماء الحدیث.

وفی الکافی باب لزوم النصیحه لهم ومن کتاب الحجته من الوافی صحیحه ابن ابی یعفور عن الصادق فی حدیث المسلمون اخوه تتکافاء دمائهم ویسعی بذمتهم ادناهم.

وفی حدیث اخر عنه زادوهم یدعلی من سواهم.

وفی خطبه النبی فی مسجد الخیف المؤمنون اخوه تتکافا دمائهم وهم یدعلی من سواهم ویسعی بذمتهم ادناهم الحدیث.

وماروا ه الصدوق فی معانی الاخبار عن حمران قال سالت ابا عبدالله عن قول الله عزوجل الا المستضعفین قال هم اهل الولایه قلت وای ولایه فقال اما انها لیست بولایه فی الدین ولکنها الولایه فی المناکحه والموارثه والمخالطه وهم لیسوا بالمؤمنین ولا بالکفار وهم المرجون لامرالله

وماروا ه محمدبن علی بن الحسین باسناده عن العلا بن رزین انه

سأل اباجعفر (ع) عن جمهور الناس فقال هم الیوم اهل هدنه ترد ضالتهم وتودی اماناتهم وتحقن دمائهم وتجوز مناكحهتم وموارثتهم فی هذه الحال .

و لعمری هذه الروایات بصدد بیان تزویج المؤمنه من المسلم وكان هو مورد السئوال غالبا" لاالتزویج منهم وكونهم محقون الدم ومودی الامانه واهل الموارثه یدل علی الاشتراک فی جمیع احكام الاسلام ولایمكن رفع الید عنها باختصاصها بصوره التزویج منهم ولا بتزویج بهم فانها یوجب اخراج المورد والفرد الشایع الذی محض لاجله السئوال.

الطائفه الرابعه الاخبار المفسره للكفو كما فی صحیحه ابان عن رجل عن ابی عبدالله (ع) قال الكفو ان یكون عفیفا "وعنده یسار وعن محمدبن الفضل عنه (ع) قال الكفو ان یكون عفیفا وعنده یسار.

نعم فی قبال هذه الروایات اخبار تدل بظاهرها علی الكراهه وقد یتوهم منها الحرمه كما فی صحیح الفیضل بن یسار قال سالت ابا عبدالله عن نكاح الناصب فقال لاوالله مایحل قال فضیل ثم سالته مره اخری فقلت جعلت فداک ماتقول فی نكاحهم قال والمراه عارفه قلت عارفه قال ان العارفه لاتوضع الاعندعارف ومورد السئوال فی الصوره الثانیه اما ان یكون عن الناصب ایضا فیدل علی التحریم خصوصا بقرنیه قوله (ع) لاوالله مایحل واما اذاكان المورد فی الصوره الثانیه هومناكحه جمهور الناس فلایدل قوله العارفه لاتوضع الاعند عارف علی الحرمه لولم یدل علی الكراهته باعتبار التعلیل.

لكن الظاهر ان مورد السئوال فی الصوره الثانیه ایضا هوالا و ل

بقوله ثم سالته مره اخری ای سالت عنه السئوال الاول مره اخری فلایدل علی المطلوب بل هو من الروایات الناهیه عن نکاح الناصب .

وروایه الفضیل بن یسار قال قلت لابی عبدالله (ع) ان لا مرتی اختا عارفه علی راینا ولیس علی راینا بالبصره الاقلیل فازوجها ممن لایری رایها قال لاولانعمه ان الله عزوجل یقول فلا ترجعوهن الی الکفار لاهن حل لهم ولاهم یحلون لهن .

یمکن ان یقال مضافا الی ضعف سندها وان الاستدلال بالایه یوجب الوهن فیها من جهته عدهم کفارا" وهوخلاف ما علیه الطائفه المحققه من القائلین باسلامهم طرا الا ماخرج بالدلیل من النصاب والخوارج ان قوله ولانعمه یشعر بالکراهه فان تزویج العارفه علی غیر العارف یوجب التشاجر والتنازع وربما ینجر الی الطلاق والشقاق فاشار الامام بذلک الی نکته الکراهه ولایبعد ان یقال بعدم الجواز من النواصب لاجل کفرهم فی الشریعه .

وصحیح زراره بن اعین عن ابی عبداله قال تزوجوا فی الشکاک ولا تزوجوهم فان المراه تاخذ من ادب زوجها ویقهرها علی دینه .

وهذه الروایه صحیح من حیث السند فان فیه علی بن الحکم عن موسی بن بکروکل واحد منهما ثقه والاخیر ممن روی عنه ابن ابی عمر لکن فی دلالتها علی الحرمه تامل واضح فان الامر بالتزویج فی الشکاک ای اخذ الزوجه منهم والنهی عن تزویجهم ای تزویج المومنه منهم مع ملاحظه التعلیل لایتمحض فی الحرمه فهی نکتته فی الکراهه لانه دلیل علی الحرمه ورواه الشیخ باسناده عن الحسین بن سعید عن احمد بن

محمد عن عبدالکریم الا انه قال من دین زوجها .

وصحیح زراره قال قلت لابی عبداله (ع) اتزوج بمرجئه اوحروریه قال لاعلیک بالله من النساء قال زراره فقلت والله ما هی الاموءمنه اوکافره فقال ابوعبدالله فاین اهل ثنوی الله الذی استثناء الله عزوجل قول الله اصدق من قولک الا المستضعفین من الرجال والنساء والولدان لایستطیعون حیله ولایهتدون سبیلا" - والمراد من المستضعف هوالعامی الغیرالمعتقد للولایه ولایهتدی الیها ولایجدحیله الی الخروج مما هوعلیه لا المردد بین الحق والباطل فانه لایمکن فی بعض الاحیان خصوصا الازمنه السابقه ان یکون له مصداق فی الخارج.

کما فی روایه عمربن ابان قال سالت اباعبدالله عن المستضعفین فقال هم اهل الولایه فقلت ای ولایه فقال اما انها لیست بالولایه فی الدین ولکنها الولایه فی المناکحه والموارثه والمخالطه وهم لیسوا بالموءمنین ولا الکفار منهم المرجون لامرالله عزوجل .

وفی صحیح حمران بن اعین قال کان بعض اهله یریدالتزویج فلم یجدامراه مسلمه موافقه فذکرت ذلک لابی عبدالله فقال این انت من البله الذین لایعرفون شیئا - فان هذه الروایات وان کانت ناظره الی التزویج منهم الا ان روایه عمربن ابان یدل علی الاشتراک من غیر فرق بین التزویج منهم وتزویجهم .

وروی الصدوق بسندآخر مارواه ابن اعین الا انه زادفیه قلت انما ترید ان تقول ان الناس علی وجهین کافروموءمن فقال فاین الذین خلطوا عملا صالحا واخرسیئا واین المرجون لامرالله این عفو الله

الی غیر ذلک من الروایات المستفاد منها الکراهه دون الحرمه وان شئت ان تحسب هذه الطائفه طائفه خامسه من الاخبار الداله علی الجواز فلاضیر فیه کما هو الحق .

واضف الی ما ذکرناه ایضا صحیح زراره عن ابی جعفر قال قلت ما تقول فی مناکحه الناس فانی بلغت ماتری وما تزوجت قط قال ما یمنعک من ذلک قال ما یمنعنی الا ان اخشی ان لایکون تحل لی مناکحتهم فما تامرنی قال کیف تصنع وانت شاب الصبر قلت اتخذ الجواری قال فهات الان فبم تستحل الجواری اخبرنی فقلت ان الامه لیست بمنزله الحره ان رابتنی الامه بشی بعتها او اعتزلها قال حدثنی فبم تستحلها قال فلم یکن عندی جواب فقلت جعلت فداک اخبرنی ماتری اتزوج قال ما ابالی ان تفعل قلت ارایت قولک ما ابالی ان تفعل فان ذلک علی وجهین یقول لست ابالی ان تاثم انت من غیر ان امرک فما تامرنی افعل ذلک عن امرک قال (ع) فان رسول الله قد تزوج وکان من امراه نوح وامراه لوط بما قص الله عزوجل وقد قال الله عزوجل ضرب الله مثلا للذین کفروا امراه نوح وامراه لوط کانتا تحت عبدین من عبادنا صالحین فخانتاهما فقلت ان رسول الله لیس فی ذلک منزلته انما هی تحت یده وهی مقره بحکمه مظهره لدینه اما والله ما عنی بذلک الا فی قول الله عزوجل فخانتاهما ما عنی بذلک الاوقد. زوج رسول الله (ع) فلانا قلت اصلحک الله فما تامرنی انطلق فاتزوج بامرک فقال ان کنت فاعلا فعلیک بالبلهاء من النساء قلت وما البلهاء قال ذوات الخدور العفائف فقلت من هو علی دین سالم بن

ابی حفصه فق لاقلت من هوعلی دین ربیعه الرای قال لا ولکن للعواتق اللائی لا ینصبن ولایعرفن ماتعرفون .

فان هذه الروایه باشتمالها علی مباحثه بین زراره وابی جعفر علیه السلام مماینادی باعلی صوت بجواز التزویج منهم الا انها بصدد التزویج منهم لا التزویج بهم الا ان المانع فی نظرزراره لوکان فهو عدم الایمان الذی لایفرق بین الرجل والمراه .

ومن جمیع ماذکرناه یعرف الحال فی صحیح عبدالله بن سنان.قال سالت اباعبدالله علیه السلام عن الناصب الذی قدعرف نصبه وعداوته هل یزوجه المومن وهوقادر علی رده وهولایعلم برده قال لایتزوج المومن من الناصبه ولایتزوج الناصب المومنه ولایتزوج المستضعف مومنه .

فانها وان کانت ظاهره فی النهی عن تزویج المومنه المستضعف وهو الذی لایعرف حاله فی قبال الناصب الذی عرف نصبه وعداوته الا انه یرفع الید عن هذا الظاهر بقرینه الروایات الصریحه فی جواز التزویج بالمخالف غیرالناصب فیحمل علی الکراهه بقرینیتها ویمکن ان یقال انه لایعلم المراد من المستضعف ههنا فربما یکون اشدعنادا" من المخالف فهو یطلق علی معان منها ماهواسوء حالا من المخالف العارف فلایلزم ان یکون المراد منه غیرالمومن وان کان فی افراده من هواحسن حالا من المخالف کما صرح به الشهیدفی المسالک فراجع فالحمل علی الکراهه هوالمتعین .

***

(فی بیان حکم الناصب)

نعم لایصح نکاح الناصب المعلن بعداوه اهل البیت لارتکابه ما یعلم بطلانه من دین الاسلام، ویمکن ان یستدل علی بطلان النکاح فی الناصب المعلن بعداوه اهل البیت بطائفه من الروایات المتضافره بل المتواتره فمنها صحیحه الفضیل بن یسار عن ابی عبدالله علیه السلام قال ذکر النصاب فقال لاتناکحهم ولاتاکل ذبیحتهم ولاتسکن معهم.

وصحیحه اخری عنه عن الصادق علیه السلام قال سالت عن نکاح الناصب فقال لاوالله ما یحل قال فضیل ثم سالته مره اخری فقلت جعلت فداک ماتقول فی نکاحهم قال والمراه عارفه قلت عارفه قال ان العارفه لاتوضع الاعند عارف.

وصحیحه عبدالله بن سنان قال سالت اباعبدالله عن الناصب الذی قدعرف نصبه وعداوته هل یزوجه المومنه (المومن) وهوقادر علی رده وهولایعلم قال لایتزوج المومن الناصبه ولایتزوج الناصب المومنه ولایتزوج المستضعف مومنته.

وصحیحه الفضل بن یسار ایضا عن الصادق قال قلت له ازوج الناصب قال لاولاکرامه قلت جعلت فداک والله انی لاقول لک هذا ولوجاءنی ببیت ملان دراهم مافعلت .

وفی صحیح اخرعنه عن الصادق قال لایتزوج المومن من الناصبه المعروفه بذلک وصحیحه الفضل بن یسار قال سالت اباجعفر علیه السلام عن المراه العارفه هل ازوجها الناصب قال لالان الناصب

کافر فازوجها الرجل غیرالناصب ولالعارف فقال غیره احب الی منه .

وروایه سلیمان الحمار عن الصادق (ع) قال لاینبغی للرجل المسلم منکم ان یتزوج الناصبی ولایزوج ابنه ناصبا ولایطرحها عنده ویمکن تصحیح الروایه باعتبارروایه الحسن بن محبوب عنه لکن یرفع الید عن ظاهرها بقرینه ماتقدم لکن استفاده الحرمه الوضعیه من هذه الروایات مشکل جدا بل ادناه الکراهه الشدیده کما سیحبی .

قال الصدوق من نصب حربا لال محمد (ص) فلا نصیب له فی الاسلام فلهذا حرم نکاحهم قال وقال النبی (ص) صنفان من امتی لانصیب لهم فی الاسلام الناصب لاهل بیتی حربا وغال فی الدین مارق منهم ومن استحل لعن امیرالموءمنین (ع) والخروج علی المسلمین وقتلهم حرمت مناکحته لان فیها الالقاء بالایدی الی التهلکه والجهال یتوهمون ان کل مخالف ناصب ولیس کذلک .

والقدر المیتقن من الادله هوحرمه تزویج الناصب ای المعلن بعداوه اهل البیت اوالناصب لهم حربا کما هو یناسب کلمه النصب الذی معناه هوالعلن والعلامه والعلم المنصوب والمناسب لقولهم ناصبه مناصبه عاداه وقادمه الحرب اوالعداوه اظهرها له واقامها ـ واشارالیها الصدوق علیه الرحمه ایضا فمن نصب لهم الحرب او استحل لعن امیرالموءمنین(ع) جهارا وعرف بذلک لایجوزمناکحته واما النصب بمعنی العداوه الباطنیه اذالم یظهر لم یترتب علیه الاثر وکذاالنصب بالمعانی الاخر کما فی رواه الصدوق فی العلل باسناده

عن ابی عبدالله قال لیس الناصب من نصب لنا اهل البیت لانک لاتجد رجلا یقول انا ابغض محمدا وآل محمدولکن الناصب من نصب لکم وهو یعلم انکم تتولونا وانکم من شیعتنا والمرادمن التولی ههنا هو القول بالولایه التی لایقول بها العامه لاالحب الذی هم ایضا یحبونهم کما هوصریح الروایه فانها ایضا من مراتب النصب مع انه لایمکن حمل هذه الروایات الکثیره الصادره فی مسمع من المخالفین ومنظرهم علی هذا المعنی الاعم فعد الناصب کافرا" انما هومن جهته کونهم فرقه من فرق المسلمین یعدون خارجین من الدین عندالمسلمین قاطبه لاجل الحرب لال محمدا واظهار العداوه لهم .

وعلی بعض المراتب یحمل ایضا مارواه محمدبن علی بن عیسی قال کتبت الیه اسئله عن الناصب هل احتاج الی امتحانه الی اکثر من تقدیم الجبت والطاغوت ان لم ینصب الحرب واعتقاده باماتهما فرجع الجواب من کان علی هذه فهوناصب .

ولابد من هذا الحمل لان المعتقد لامامه الجبت والطاغوت ان لم ینصب الحربا والعداوه لشیعه اهل البیت علیهم السلام من جهته انهم شیعتهم فلیس بناصب ولعله انما اطلق علیه الناصب لانه کان یومئذ کذلک کما صرح به صاحب الوافی قدس سره الشریف .

کما فی روایه عبدالله بن سنان عن ابی حمزه قال قلت لابی جعفر ما ادنی النصب قال ان یبتدع الرجل رایا فیحب علیه ویبغض علیه (باب ۴۰ من ابواب الامر بالمعروف وسائل فراجع).

وفی الناصب المعلن للعداوه اخبار تدل علی حلیه ماله وجواز قتله

والنهی عن مجالستهم وعدالزیدی من النصاب بهذالمعنی .

وفی صحیح ابی بصیر عن الصادق علیه‌السلام انه قال تزوج الیهودیه افضل اوقال خیرمن ان تزوجالناصبی والناصبه .

وعبدالله بن سنان عنه (ع) قال ساله ابی واناا سمع عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال نکاحهمااحب الی من نکاح الناصبیه الحدیث فهذه الروایات بکثرتها خصوصا بملاحظه زمن صدورها وهو عصر الصادقین علیهما السلام الذی کان الشیعه فیه قلیلا بل کان اصحابهم علیهم السلام غالبا من العامه کالمالک والزهری والحسن البصری وابی حنیفه وزراره قبل زمن ایمانه والسکونی والنوفلی وطلحه بن زیدوغیرهم لابدمن حملها علی فرقه من المسلمین لا علی جمیعهم کماارتکبه بعض اعاذناالله من اعوجاج الطریقه وسوء المسلک ولم یکن بیان حکم الناصب فی ذلک الزمان علی نحو التقیه بخلاف احکام المخالفین فاظهار هذه الروایات الکثیره فی ذلک الزمان یوجب العلم والیقین علی ان المراد من النصاب غیرالمخالفین کمااعترف به الصدوق قده وحمله علی کل مخالف انماهومن جهته عدم فهم مرادهم علیهم السلام من هذه الروایات .

ویوکدالحرمه وعدم التزویج فی طائفه خاصه ایضاصحیح حماد عن الحلبی عن الصادق(ع) انه اتاه قوم من اهل خراسان من وراء النهر فقال لهم تصافحون اهل بلادکم وتناکحونهم اما انکم اذاصافحتموهم انقطعت عروه من عری الاسلام واذا ناکحتموهم انتهک الحجاب بینکم

وبین الله عزوجل .

ومن المعلوم ان الصادق(ع) واتباعه فی المدینه والکوفه کانوا معاشرین مع العامه وکانوا یصافحون ویتحاورون معهم فی سکک المدینه ومکه وغیرهما من البلاد ویوکد ما ذکرناه بل ویدل علیه غایه الوضوح.

صحیح المعلی بن خنیس قال قال ابوعبدالله (ع) خذ مال الناصب حیثما وجدت وادفع الینا الخمس .

وصحیح اسحق بن عمار قال قال ابوعبدالله مال الناصب وکل شیی یملک حلال لک الا امراته فان نکاح اهل الشرک جایز وذلک ان رسول الله (ص) قال لاتسبوا اهل الشرک فان لکل قوم نکاحا ولولا انا نخاف علیکم ان یقتل رجل منکم برجل منهم ورجل منکم خیر من الف رجل منهم وماه الف منهم لامرناکم بالقتل لهم ولکن ذلک الی الامام .

فان حمل مثل هذین الخبرین علی جمیع العامه یوجب تهافتها مع الاخبار الداله علی الکفائه فی الدم والمیراث والمناکحه کما قد تقدم من الاخبار المتواتره فی هذا المضمار والاخبار الداله علی المعاشره معهم کما یاتی من روایه الولید بن صبیح وغیرها ومن الواضح کالضروری بین الخاصه عدم جواز سرقه مال المخالف ولاقتله ولا اخذ ماله اینما وجده فالحکم مخصوص بالنسبه الی طائفه خاصه یسبون امیرالموءمنین علیه السلام واولاده الامجاد وینصبون لهم العداوه والحرب کما قد عرفت .

وصحیح داود بن الفرقد قال قلت للصادق(ع) ما تقول فی قتل الناصب فقال حلال الدم ولکنی اتقی علیک فان قدرت ان تقلب علیه حائطا اوتغرقه فی ماء لکیلا یشهر به علیک فافعل قلت فما تری فی

ماله قال توه ماقدرت علیه الی غیر ذلک من الاخبار فی ابواب الحدود وغیره التی تبیح دم الساب والشاتم لهم ولعلی علیه وعلیهم السلام فمن الواضح اختصاص اباحه الدم وغیره من الاحکام بطائفه خاصه وهم الخوارج والنواصب لعنهم الله اجمعین الی قیام یوم الدین . وصلی الله علی محمدوآله الطاهرین وسلم تسلیما کثیرا ".

والاخبار الناهیه عن الاغتسال من غساله ماء الحمام لانه یغتسل فیه الزانی وولدالزنا والناصب لهم اهل البیت وهوشرهم وان الناصب لنا اهل البیت انجس من الکلب فهی ایضا مختصه بطائفه خاصته مضافا الی ان هذه الاخبار بصدد بیان عدم الشفاء من غساله ماء الحمام الذی کان یتوهمه اهل المدینه فانه مع ملاحظه هذه القذارات لایکون فیها استشفاء ولایستفادمنها نجاستهم کما لایستفادنجاسته ولدالزنا بل المستفادمنها قذاره ماء الحمام الذی لایکون فیها شفاء .

ولقد اطلنا فی هذا البحث واوردنا الروایات لکی یتضح المراد ولایشتبه الامرکما اشتبه علی بعض من الاعلام کما لایخفی - هذا کله غایه التوجیه فی الحرمه وضعا وتکلیفا ".

ولکنه لایخفی ان ارتکاب الناصب مایعلم من الدین بطلانه لایوجب کفره الا اذاکان ومایکره من ضروریات الدین بحیث یوجب انکاره انکارالرساله ومن المعلوم ان انکارالموده التی امرنابه بقوله تعالی قل لا اسئلکم علیه الا الموده فی القربی یمکن ان یکون فی نظرالناصب غیرماهوالمرادمن ظاهرها من الامر بموده ذوی القربی

منهم علی علیه السلام ولعله فی نظر الناصبی الموده والتوادو التحابب بالنسبه الی قرابه رسول الله من قریش وخلاصه الکلام ان مجرد انکار ماثبت فی القران اوبین المسلمین لایوجب الکفر مالم یصل الی حد الضروره التی یوجب انکارها انکار الرساله اوالتوحید فلابد من اثبات کفر الناصبی بالادله الخاصه ولایمکن اثباته نظرا الی الادله الخاصه علی نحو الاطلاق فی جمیع الموارد.

بل المترائی من الادله خلاف ذلک فالمترائی من کلمه الاصحاب المتقدمین هو عدم الحکم بکفر من هواخص النواصب وهم الذین حاربوا علیا" واعلنوا عداوته سرا" وجهرا" بل اطلق علیهم الایمان فی قوله تعالی وان طائفتان من المومنین اقتتلوا فاصلحوا بینهما وان بغت احدیهما علی الاخری فقاتلوا التی تبغی حتی تفی الی امرالله فان فائت فاصلحوا بینهما بالعدل، واقسطوا ان الله یحب المقسطین انما المومنون اخوه فاصلحوا بین اخویکم واتقوا الله لعلکم ترحمون سوره الحجرات ۹ –۱۰،

فاهل الجمل کانوا باغین لعلی علیه السلام وکانوا ناصبین له الحرب والعداوه ومع ذلک اطلق علیهم الایمان فی روایات عدیده کما فی الکافی .

ففی صحیح ابی بصیر عن ابی عبدالله علیه السلام قلت وان طائفتان من المومنین اقتتلوا فاصلحوا بینهما فان بغت احدیهما علی الاخری فقاتلوا التی تبغی حتی تفی الی امرالله فان فائت فاصلحوا بینهما بالعدل قال الفئتان انما جاء تاویل هذه الایه یوم البصره وهم اهل

هذه الایه وهم الذین بغوا علی امیرالموء منین(ع) فکان الواجب علیه قتالهم وقتلهم حتی تفیئوا الی امرالله ولولم یفیئوا لکان الواجب علیه فیما انزل الله ان لایرفع السیف عنهم حتی یفیئوا او یرجعوا عن رایهم لانهم بایعوا طائعین غیرکارهین وهی الفئته الباغیه کما قال الله عزوجل فکان الواجب علی امیرالموء منین(ع) ان یعدل فیهم حیث کان ظفر بهم کما عدل رسول الله (ع) فی اهل مکه ، انما من علیهم وعفی وکذلک صنع امیرالموء منین باهل البصره حیث ظفر بهم مثل ما صنع النبی باهل مکه حذوالنعل بالنعل قال قلت (والموتفکه اهوی) قال هم اهل البصره قلت والموتفکات اتتهم رسلهم قال اولئک قوم لوط (ایتفکت علیهم انقلبت علیهم) ـ(والظاهر ان الایتکاف بمعنی الانقلاب اما من الکافی اومن تقدمه لا انه من الامام).

وفی صحیح حفص بن غیاث عن ابیعبدالله (ع) فی حدیث الاسیاف الخمسه قالوا ما السیف المکفوف علی اهل البغی والتاویل قال الله تعالی ـ فان طائفتان من الموء منین الی قوله الی امرالله ،فلما نزلت هذه الایه قال رسول الله (ص) ان منکم من یقاتل بعدی علی التاویل کما قاتلت علی التنزیل فسئل النبی من هو قال خاصف النعل یعنی امیرالموء منین الحدیث .

وفی الکافی عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن بکربن صالح عن القاسم بن یزید عن ابی عمروالزبیری عن ابیعبدالله (ع) فی حدیث وان طائفتان الی امرالله) قال لما نزلت هذه الایه قال رسول الله

منکم من یقاتل بعدی علی التاویل کما قاتلت علی التنزیل فسئل النبی من هو قال خاصف النعل وکان امیرالموء منین یخصف نعل رسول الله .

فما یظهر من المحقق الاقاجمال فی حاشیه الروضه من کون اطلاق الایمان علیهم مجازا مما لایلائم اطلاق الایمان علیهم فی السنه الائمه علیهم السلام والمراد من الایمان هو الاسلام فلا ینافی فسقهم فمع کونهم مسلمین وموء منین لامانع من فسقهم مع اطلاق اسم الموء من علیهم فما یظهر من الطبرسی فی مجمع البیان بان لادلاله فی هذا علی انها اذا قتلا بقیا علی الایمان ویطلق علیهما هذا الاسم ینافی ظاهرا اطلاق الایمان علیهم فی حین القتال کما لایخفی .

وصحیح حفص بن غیاث قال سالت اباعبدالله (ع) عن الطائفتین من الموء منین احدیهما باغیه والاخری عادله فهزمت العادله الباغیه قال لیس لاهل العدل ان یتبعو مدبرا ولایقتلوا اسیرا ولایجهزوا علی جریح وهذا اذا لم یبق من اهل البغی احد ولم یکن فئته یرجعون الیها فان اسیرهم یقتل ومدبرهم یتبع وجریحهم یجهز علیه الی غیر ذلک من الروایات التی وردت فی تفسیر الایه او اشار الی حکم الایه فی اهل الجمل والصفین .

وصحیح ابی حمزه الثمالی قال قلت لعلی بن الحسین (ع) ان علیا سار فی اهل القبله بخلاف سیره رسول الله فی اهل الشرک قال فغضب ثم جلس ثم قال سار والله فیهم بسیره رسول الله یوم الفتح ان علیا کتب الی مالک وهو علی مقدمه یوم البصره بان لایطعن فی غیر

مقبل ولايقتل مدبرا ولايجهز على جريح ومن اغلق بابه فهوا من فاخذ الكتاب فوضعه بين يديه على القربوس من قبل ان يقرئه ثم قال اقتلوهم فقتلهم حتى ادخلهم سكك البصره ثم فتح الكتاب فقرائه وثم امرمناديا فنادى بما فى الكتاب .

والاستشهاد بهذه الروايه من جهتين الاولى بما فى السئوال من الفرق بين اهل القبله والمشركين فيستفادمنه انهم كانوا اهل القبله اى المسلمين لاان يكونوا كفارا وفى حكمهم والثانيه من جهته الجواب وان عليا نهى عن قتلهم لاجل حرمه ذلك كحرمه دم ساير المسلمين الا انه لم يقرا المالك الكتاب حتى حدث ما حدث ولم يكن اكثرالقتلى من امرا ميرالموءمنين ولاينافى ذلك من عداله المالك لاجل عدم كونه معصوما " فلعله ظن ان الكتاب لاجل موضوع اخر غير الحرب والقتل اومربوطا بكيفيه القتال فى الجبهات فلذا بعدما فهم المراد منه كف عن القتل .

وروايه الحسن بن محمدالطوسى فى مجالسه عن ابيه عن المفيد بسنده الى محمدبن عمربن على عن ابيه عن جده ان النبى قال يا على ان الله كتب على الموءمنين الجهاد فى الفتنه من بعدى كما كتب عليهم الجهاد مع المشركين معى فقلت يارسول الله وما الفتنه التى كتب علينا الجهاد قال فتنه قوم يشهدون ان لااله الا الله وانى رسول الله وهم مخالفون لسنتى وطاعنون فى دينى فقلت علام نقاتلهم يارسول الله وهم يشهدون ان لااله الا الله وانك رسول الله فقال على احداثهم فى دينهم وفراقهم لامرى واستحلالهم دماء عترتى

الحديث .

فان استدلال النبی لعلی من غير جهته كفرهم يدل علی عدم كفرهم ايضا وان كان غيرصريح فی ذلك المعنی الا انه بعداقرارهم بالشهادتين هم يعدون من فرق المسلمين ولايحكم بكفرهم بل بعنادهم واحداثهم وجب الحرب معهم .

وصحيح عبدالله بن جعفرالحميری فی قرب الاسنادعن هرون بن مسلم عن مسعده بن زياد عن جعفر عن ابيه ان عليا لم يكن ينسب احدا " من اهل حربه الی الشرك ولا الی النفاق ولكنه يقول اخواننا بغوا علينا ، الوسائل ابواب الجهاد .

وروايه القاضی نعمان فی شرح الاخبار عن محمدبن داودباسناده عن علی عليه السلام انه سئل عن قتلی الجمل امشركون هم قال لا بل من الشرك فروا قيل فمنافقون قال لا ان المنافقين لايذكرون الله الا قليلا فماهم قال اخواننا بغوا علينا فنصرنا عليهم ـ مستدرك باب ۲۴ من الجهاد فی حكم البغاه .

وفی دعائم الاسلام عن ابی جعفر عليه السلام انه ذكر الذين قاتلهم من اهل القبله اكافرون هم قال كفروا بالاحكام وكفروا بالنعم ليس ككفرالذين دفعواالنبوه ولم يقروا بالاسلام ولوكانوا كذلك ما حلت لنا مناكحتهم ولاذبائحهم ولامواريثهم .

فان هذه الروايه وامثالها يوجب رفع اليد عما تقدم وتعميم الاخبار الوارده فی حل المناكحه والموارثه الی الناصب ايضا .

وعن الشيخ المفيد فی كتاب الكافئه فی ابطال توبه الخاطئه عن

عمروبن شمر عن جابر عن ابی جعفرعلیه السلام فی حدیث ان امیر المومنین علیه السلام قال لعبدالله بن وهب الراسبی لما قال فی شان اصحاب الجمل انهم الباغون الظالمون الکافرون المشرکون قال ابطلت یابن السوداء لیس القوم کما تقول لوکانوا مشرکین سبینا اوغنمنا اموالهم وماناکحناهم ولاوارثناهم ـ وهذاالروایه ایضا بمثابه ماتقدم فی اتحادحکم الناصب مع سائرالفرق وفی مفهوم روایه الولید بن صبیح ان القائم علیه السلام اذاقام لیس الاالسیف فعودوا مرضاهم واشهدوا جنائزهم وافعلوا فانه اذا کان ذلک لم تحل مناکحهتم ولاموارثتهم ، ای جوازالمناکحه والموارثه قبل قیام القائم .

وفی روایه ابی البختری قال لماانتهی علی الی البصره الی ان قال فقام الیه قوم من اصحابه فقالوا یاامیرالمومنین من این احللت لنا دمائهم واموالهم وحرمت علینا نسائهم فقال لان القوم علی الفطره وکان لهم ولاء قبل الفرق وکان نکاحهم لرشده فلم یرضهم ذلک من کلامه صلی الله علیه واله فقال لهم هذه السیره فی اهل القبله فانکرتموها فانظروا ایکم یاخذعائشه فی سهمه فرضوا بما قال فاعترفوا صوابه وسلموا الامر.

وفی عیون الاخبار باسانیده عن الفضل بن شاذان عن الرضا فی حدیث طویل قال فلایحل قتل احدمن النصاب والکفار فی دارالتقیه الاقاتل اوساع فی فسادوذلکاذالم تخف علی نفسک وعلی اصحابک .

فما فی صحیح حفص بن البختری عن ابی عبدالله قال خذمال الناصب

حیث ما وجدته وادفع الینا الخمس ویقرب منه صحیح المعلی بن خنیس کما تقدم، مما لایمکن الاخذ بظاهره فلذا قال ابن ادریس فی السرائر ارید بالناصب الکافر الناصب للحرب مع المسلمین دون ناصب العداوه لاهل البیت علیهم السلام للاتفاق علی عصمه مال مظهر الشهادتین.

ویمکن ان یحمل امثال تلک الروایات علی الاخذ فی حال الحرب فیما حواه العسکر وان یکون ذلک ایضا اذنا منهم فی الاخذ لامطلقا.

وروایه اسحق بن عمار قال قال ابوعبدالله علیه السلام مال الناصب وکل شیی یملکه حلال لک الا امراته فان نکاح اهل الشرک غیر جایز وذلک ان رسول الله صلی الله علیه واله وسلم قال لاتسبوا اهل الشرک فان لکل قوم نکاحا الحدیث وقدتقدم.

وفی الوافی بعدذکر الحدیث فی اخر ابواب المکاسب باب ۶۵ ما لفظه قال بعض فقهائنا ارید بالناصب فی الحدیثین (ای حدیث المعلی واسحق بن عمار) الکافر الناصب للحرب مع المسلمین لامن نصب العداوه لاهل البیت للاتفاق علی عصمته مال مظهر الشهادتین انتهی.

وهذا الحمل وان یکاد یمکن ان یکون بعیدا" الا ان الذی اوجب هذا الحمل من بعض الفقهاء کما قدعرفته عن ابن ادریس لاجل عدم امکان الالتزام بظاهر هذه الروایات من اباحه مال المسلم بعد اظهار الشهادتین فلذا لم یرواحد من المسلمین بیع الاسیر فی حرب الصفین من الطرفین ولم یعهد بیع الاسیر فی حرب المسلمین بعضهم من بعض

كحرب الهلاكو والخواجه مع خليفة بغداد وحرب الحكام والخلفاء بعضهم مع بعض كما في حرب السلاجقه والديالمه والصفاريين وغيرهم من فرق المسلمين بعضهم مع بعض ولم يكن هذا الامن جهته كونهم مسلمين الا ان بعضهم بغى على البعض الاخر.

قال شيخنا الانصاري في المكاسب المحرمه في مسئله جواز اشتراء الزكوات من الجائر حول صحيحه زراره اشترى ضريس واخوه ارزا من هبيره الخ الى ان قال واما حمل هذا الخبر على كون مال الناصب اعنى هبيره او بعض بني اميه حلالا" فيكون دليلا على حل مال الناصب بعد اخراج خمسه كما استظهره في الحدائق فقد ضعف في محله بمنع هذا الحكم لمخالفته لاتفاق اصحابنا كما تحقق في باب الخمس وان ورد به غير واحد من الاخبار انتهى.

فانت ترى انه لايجوز التصرف في مال المقر بالشهادتين ايا من كان وهو فتوى اصحابنا فراجع.

فمما ذكرنا ظهر لك ان لايبعد تعميم الاخبار الوارده في جواز مناكحه جمهور الناس ومواريثهم وردضالتهم وردامانتهم وحقن دمائهم كما في صحيحه علاء بن رزين عن ابي جعفر (ع) وغيره مما تقدم على النصاب ايضا" لان تابعي معاويه وخلفاء بني اميه كانوا على دينه فلذا سبوا عليا ع في الخطبات وفي الجمعه والجماعات على رئوس الاشهاد وفي المنابر والاعيا دفاخراج ذلك كله عن عموم الاخبار في غايه البعد فيوجب ذلك حمل الاخبار الداله على عدم التزويج ظاهرا

اوعدم حلیته اما علی الحکم التکلیفی الصرف اوالکراهه الشدیده کما فی بعض الروایات ان نکاح الیهودیه والنصرانیه احب الی من نکاح الناصبیه مع جواز ذلک فی الیهودیه والنصرانیه بمقتضی کتاب الله تعالی والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب الایه کما قدتقدم فی موضعه .

وبالجمله حمل الاخبار الوارده فی الابواب المتفرقه الداله علی جواز المناکحه والموارثه والمخالطه معهم علی غیر اهل الحرمین فی ذلک الزمان وغیر اصحاب الجمل والصفین واهل الشام وما والاها حمل علی الصوره النادره فان اظهر مصادیق المبغضین لامیرالمؤمنین واهل بیته الطاهرین هم ذلک الاصناف الذین تجاهروا وتجمعوا علی باطلهم واصروا علی ابطال حق اهل البیت علیهم السلام وهم الذین اتفق کلمتهم علی سلب الحق عن اهله ونصبوا الحرب مع اهل بیت رسول الله من زمن فاطمه علیها السلام الی ما بعد الطف والی زمن الصادقین فهم نصبوا العداوه سرا وجهرا واعلنوا ،ونصبوا الحرب معهم فمع ذلک کله تری ان الائمه کانوا یعاشرون معهم ولم ینقل مجانبه امیرالمؤمنین واولاده المعصومین علیهم السلام وشیعته عن مجالستهم ومشاورتهم ومواکلتهم وسایر ما یتوقف علی المباشره والمجالسه والملاقات مع الرطوبه ـ بل تزوجوا فیهم وزوجوهم کما فی قصه ام کلثوم وسکینته واختها الی غیر ذلک .

والقول بان الحکم لم یکن معلوما فی ذلک الزمان وانما صار معلوما فی عصر الصادقین علیهما السلام کما تری لایمکن الالتزام به

وکان دیدن اصحاب الصادقین علیهما السلام نقل الخصوصیات من الائمه الاطهار وعدم نقل اجتنابهم یوجب العلم بعدم اجتنابهم والاکان الداعی الی نقل هذا العنوان باشد واکثر من الامور الاخر فالسکوت عن هذا الامر مما یوجب کشف القناع عن الواقعه وانهم کانوا یعاملون مع جمیع فرق المسلمین معامله الطهاره ایا ما کان سواء کانوا شیعته معاویه او عائشه او طلحه او الزبیر او بنی العباس او سایر الفرق من المسلمین کالفطحیه والناووسیه والاسماعیلیه والزیدیه والحنفیه والکیسانیه ولعمری ان هذا الامر واضح جدا وقد اشبعنا الکلام فی هذه المقام لمزید الاهتمام به فی هذا المضمار لیتضح المراد من کلمات الاعلام .

ثم انه من المعلوم ان اشد النواصب فی زمن امیر المؤمنین هم اهل الجمل قاطبه لخروجهم علی الامام العام واظهروا العداوه واعلنوا الحرب معه علیه السلام فمع عدم الحکم بکفرهم کیف یمکن الحکم بکفر الاخرین وکذا مع عدم الحکم بنجاستهم کیف یمکن الحکم بنجاسته اخرین من الفرق الذین لایعلم کیفیه نصبهم ومجرد اخذهم ذلک النصب بعنوان التدین لایوجب حکمهم بالکفر مالم یرجع الی انکار ضروری من ضروریات الاسلام غایه الامر یکون التدین به بدعه وکل بدعه ضلاله لکنه لایوجب الکفر والخروج عن الاسلام کما فی اکثر المسلمین المخالفین .

والحکم بنجاستهم بموثقه ابن ابی یعفور فی حدیث قال وایاک ان تغتسل من غساله الحمام ففیها یجتمع غساله الیهودی والنصرانی

والمجوسی والناصب لنا اهل البیت وهو شرهم فان الله تبارک و تعالی لم یخلق خلقا انجس من الکلب وان الناصب لنا اهل البیت لانجس منه مما لایمکن الالتزام به کما یظهر من بعض الاساطین لعدم دلالة قوله لانجس منه علی النجاسة فیها بل علی الاخسیة والاهونیة کما فی روایته الاخری عن ابن ابی یعفور عن ابیعبدالله (ع) قال لاتغتسل من البئر التی یجتمع فیها غسالة الحمام فان فیها غسالة ولد الزنا وهو لایطهر الی سبعة اباء وفیها غسالة الناصب وهو شرهما ان الله لم یخلق خلقا شرا من الکلب وان الناصب اهون علی الله من الکلب فالروایتان واحدة ذکر بعض الخصوصیات فی نقل ولم یذکر فی نقل آخر فمن البعید ان یکون متعددا " وان المراد من الشریة هو الانجسیة والمراد منه هو الاهونیة والاخسیة واضف الی ذلک کله عدم اثبات نجاسة الیهود والنصاری بامثال هذه الروایات المخالفة باقوی منها الا ان یکون اجماع فی البین فهو اثبات امر بالاجماع لابالروایة .

ثم ان الیک شطرا من کلمات القدماء والمتاخرین فی عدم کفرهم علی نحو الاطلاق بل الکفر المعنوی واطلاق کلمة الکفر والشرک علی تارک الصلوة وشارب الخمر فی لسان الاخبار وکلام الاخیار کثیرا یوهن استفادة الاصطلاحی منه فی مورد الاطلاق حتی یستفاد عموم التنزیل او استفادة الکفر الظاهری المحکوم بالنجاسة .

فعن المفید فی کلمته فی کتاب الکافیة فی روایة عمر بن شمر لو کانوا مشرکین سبینا او غنمنا اموالهم وما ناکحناهم ولاوارثناهم .

(فی نقل اقوال الاصحاب فی عدم قسمته اموالهم وحرمتها)

وعن السید المرتضی فی المسائل الناصریه الی انها لاتقسم اموال البغاه ولاتغنم قال ومرجع الناس فی ذلک کله الی ماقضی به امیرالموءمنین علیه السلام فی محاربی اهل البصره فانه منع من غنیمه اموالهم وقسمتها کما تقسم اموال الحرب وادعی العلامه عدم الخلاف فی ذلک ـ وانما الاختلاف فی الانتفاع بدواب اهل البغی وسلاحهم فی دار الحرب واختار السید فی ذلک الجواز کما عن اصحاب ابی حنیفه.

والشیخ فی المبسوط وافقه فانه قال فاذا انقضت الحرب بین اهل العدل والبغی بالهزیمه اوبان عادوا الی الحق وطاعه الامام وقد کانوا اخذوا الاموال واتلفوا اوقتلوا نظرت فکل من وجد عین ماله عند غیره کان احق به سواء کان من اهل العدل او اهل البغی لمارواه ابن عباس ان النبی (ص) قال المسلم اخو المسلم لایحل دمه وماله الابطیبه من نفسه وروی ان علیا علیه السلام لماهزم الناس یوم الجمل قالوا له یا امیرالموءمنین لاتاخذ اموالهم قال لالانهم تحرموا بحرمه الاسلام فلا یحل اموالهم فی دار الهجره.

وروی ابوقیس ان علیا علیه السلام نادی من وجد ماله فلیاخذه فمر بنا رجل فعرف قدرا نطبخ فیها فسالناه ان یصبر حتی نطبخ فلم یفعل ورمه برجله فاخذها ـ قال ره وروی اصحابنا ان مایحویه العسگر من الاموال فانه یغنم قال وهذا یکون اذا لم یرجعوا الی طاعه الامام فلما ان رجعوا الی طاعته فهم احق باموالهم ووافق ابن ادریس السید المرتضی

وقدتقدم منه فی توجیه الناصب وانه ارید منه الکافر الناصب للحرب مع المسلمین دون ناصب العداوه لاهل البیت علیهم السلام للاتفاق علی عصمه مال مظهرالشهادتین .

وقوی فیالتحریر قول ابن ادریس والسیدالمرتضی وقال فیالمنتهی مسئله قدوقع الاجماع علی ان مال اهل البغی الذی لم یحوهالعسکر لایخرج عن ملکهم ولایجوز قسمته بحال واختلف علمائنا فیاموالهم التی حواها العسکر فبعدنقل قول السیدوابن ادریس والشیخ فی المبسوط قال مالفظه ولان قتال البغاةانما هولدفعهم وکفایدیهم عن التعدی وردهم الی الحق لابکفرهم فلاتستباحاموالهم .

وقال فی مسئله لااعلم خلافا بین اهل العلم فی انه لایجوزسبی ذراری الفریقین من اهل البغی اعنی الذین لهم فئته یرجعون الیها والذین لافئته لهم ولایملک نسائهم لانهم مسلمون فلا تستباح ذراریهم ونسائهم .

فان الاستدلال منه قده بالمسئله باسلام الفریقین وهم اهل الصفین واهل الجمل الذی لاشک فی کون کل من الفرقتین بالنسبه الی علی علیهالسلام ناصبا " ومعلنا للعداوه والحرب مما یوجب الجزم بان اطلاق الکافر علیهم فی بعض الاخبار باعتبارکفرهم المعنوی وجحودهم الحق الثابت لالکفرظاهرااوالنجاسته . .

وعن المحقق قده فی کتاب جهادالشرایع وبیان حکمالبغاء الذین خرجوا علی الامام العادل مالفظه لایجوز تملک شیی من اموالهمالتی لم یحوهاالعسکر سواء کانت ممایتقل کالثیاب والالات اولاینقل

کالعقارات لتحقق الاسلام المقتضی لحقن الدم والمال انتهی .

وعن السید المجاهد الخمینی العظیم سلمه الله تعالی فی المنفی بعد القول بان المتیقن من الاجماع هو کفر النواصب والخوارج ای الطائفتین المعروفتین وهم الذین نصبوا للائمه علیهم السلام اوبعنوان التدین به وان ذلک وظیفه - دینیه لهم اوخرجوا علی احدهم کذلک کالخوارج المعروفه الی ان قال واما سایر الطوائف من النصاب بل الخوارج فلا دلیل علی نجاستهم وان کانوا اشد عذابا من الکفار فلوخرج سلطان علی امیر المؤمنین لابعنوان التدین بل للمعارضه فی الملک او غرض اخر کعائشه وزبیر وطلحه ومعاویه وامثالهم اونصب احدعداوه له اولاحد من الائمه علیهم السلام لابعنوان التدین بل لعداوه قریش اوبنی هاشم اوالعرب اولاجل کونه قاتل ولده اوابیه اوغیر ذلک لایوجب ظاهرا شی منها نجاسته ظاهریه وان کانوا لاخبث من الکلاب والخنازیر لعدم دلیل من اجماع اواخبار علیه - انتهی - وانت قد عرفت سابقا بعد الحکم باسلام من ذکر من الفرق المخالفین لعلی علیه السلام لایبقی من هواخص منهم حتی یحکم بکفره لاکفرهم و مجرد التدین یوجب البدعه لا الکفر کما لایخفی .

وعن الشیخ فی الخلاف بعد عنوان البحث فی کتاب الباغی بقوله الباغی من خرج علی امام عادل وقاتله ومنع تسلیم الحق الیه الی ان قال فی مسئله ۱۳- الباغی اذا قتل غسل وصلی علیه وبه قال الشافعی وقال ابوحنیفه - یغسل ولایصلی علیه دلیلنا عموم کل خبر روی فی وجوب الصلوه علی الاموات وطریقه الاحتیاط ایضا یقتضیه -

والاخبار التی اشار الیها هی الداله بوجوب غسل المسلم الاما خرج بالدلیل من شهیدوغیره.

وقال فی الجواهر فی مسئله عدم سبی ذراری البغاه واما تغسیلهم ودفنهم والصلوه علیهم فقد فرعه بعضهم علی الکفروعدمه ولکن قد یقال بعدم وجوب ذلک وان لم نقل بکفرهم حال حیاتهم ولکن لهم حکمهم بعدموتهم انتهی.

فالقول بوجوب الغسل والصلوه فرع علی اسلامهم کما عن شیخ الطائفه ومن حذا حذوه من المتاخرین.

وفی روایه الوشا عمن ذکره عن ابیعبدالله (ع) انه کره سورولد الزناء وسوراليهودی والنصرانی والمشرک وکان اشد ذلک عنده سوء ر الناصب.

فان هذه الروایه وامثاله یکون قرینه علی رفع الید عن النهی الوارد فی بعض الاخبار بقرینه الاخبار الاخر کما فی موثقه عمار الساباطی عن ابی عبدالله (ع) قال سالته عن الرجل یتوضا من کوز اواناء غیره اذا شرب منه علی انه یهودی فقال نعم فقلت من ذلک الماء الذی یشرب منه قال نعم - راجع الوسائل ج۱ ابواب الاسئار

وفی روایه خالد القلانسی قال قلت لابی عبدالله (ع) القی الذمی فیصافحنی قال امحها بالتراب اوبالحائط قلت فالناصب قال اغسلها.

فان هذه الروایه لایستفاد منها نجاسته الناصب خصوصا مع المصافحه فان کان مع الرطوبه فلا بد من الغسل فی الموضعین ومع عدم الرطوبه فلا احتیاج الی المسح بالتراب اوالحائط اصلا الا انه یستفاد منها

شده الكراهه والبغض والاجتناب عن الناصبی فالحمل على الملاقات بالرطوبه فی الناصب وعلى اليبوسه فی الاولين خلاف ظاهر الروايه راجع - باب ۱۴ ابواب النجاسات من الوسائل .

وبالجمله ان حكم بعض الاصحاب بعدم النكاح واخذ ماله من دون الاجازه من جهته الحكم بكفرهم مما لادليل عليه بل الدليل على خلافه وبعد عدم اثبات الكفر لايمكن ترتيب اثار الكفر عليه كماهو ظاهر والعمده هو اثبات الكفر وقدعرفت عدم ثبوته فضلا عن الاثبات .

****

وهل يشترط تمكنه من النفقه قيل نعم وقيل لاوهو الاشبه .

والمراد من المتمكن هو القادر على الانفاق فعلا اوقوه وفي الخلاف الكفائه في النكاح معتبره وهي عندنا شيئان احدهما الايمان والاخر امكان القيام بالنفقه ـ وبه قال المفيد في المقنعه والشيخ في المبسوط وبنو زهره وادريس وسعيد والعلامه في التذكره والمختلف على ماحكي وقد يستدل بقوله تعالى ومن لم يجدطولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم الخ ـ وقول النبي(ص) لفاطمه بنت قيس لما اخبرته ان معاويه صعلوك لامال له والروايات الخاصه كما تقدم عن الصادق عليه السلام الكفو ان يكون عفيفا وعنده يسارو قاعده نفي الضرر والحرج وكون تزويج المراه الموسره للمعسر نقصا عرفا لتفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النسب والشرف وان دوام النكاح وقوامه يتوقف على النفقه غالبا وقيل والقائل هو اكثر المتقدمين وقاطبه المتاخرين الى عدم الاشتراط والكلام انما هو في ان التمكن من النفقه هل هو شرط في صحه النكاح ام لا.

واشتراط الصحه واستفادتها من كلمات الاصحاب مشكل فمن الواضح عدم المنع من تزويج الفقير غنيه كما في قضيه جويبر وغيره فلذى يمكن ان يقطع بعدم اعتبار الامكان بالنفقه في اصل الصحه خصوصا اذاكان الطرفان راضيين بالعقد وخصوصا اذاكانت المراه عفيفه قانعه وربما يكون بالمال رغده العيش وغضاضته وبالفقر يوجب الالفه والموده فاصل الاشتراط في الصحه ممالادليل عليه والعمده هو

صرف عنان الکلام الی انه مع عدم الامکان هل المراه قادره علی الفسخ ام لا.

فالکلام تاره یقع من جهته اشتراط المراه الیسار فمع کشف الخلاف یوجب ذلک الخیار کما فی غیر ذلک من موارد الاشتراط من الطرفین اومن طرف واحد فان الادله الداله علی لزوم الوفاء بالشرط یوخذ بها فی هذا المقام فان اطلاق المؤمنون عندشروطهم یشمل المقام ایضا وکذا اذا شرط البکاره اوالصحه من العیوب السبعه الاتیته اوغیر ذلک کما اذا اشترط کون المراه علی السن المخصوص وکذا لو اشترطت ان یکون الزوج علی السن الخاص اوالکیفیه المخصوصه .

والاغراض التی یعد عند العقلاء مما یهتم بها غالبا" من الیسار والفقر اذا کانت من الزهاد بحیث یوجب انحطاط شانها بالازدواج مع الاغنیاء المترفین دون الفقراء المتعففین وکذا اذا اشترطت ان لایکون عقیما وکذا الزوج اشترط ان لاتکون عقیمه الی غیر ذلک من الامور الداخله تحت عنوان الاشتراط الشرعی .

فکل شرط یجوز شرعا لامانع من اشتراطه الاما احل حلالا اوحرم حراما .

والظاهران موردکلام الاصحاب فی ان لها الفسخ ام لا انما هوفی غیر صوره الاشتراط واما فی صوره عدم الاشتراط فعدم الالتفات الی العیب تاره لاجل التدلیس فیه واخفائه بحیث لوعلمت بذلک مثلا لما کانت راغبه بالعقد واخری لالاجل التدلیس بل لعدم الالتفات به بحیث یکون عدم العیب مطلوبا عندالعقلاء والعیب یعد منقصه عندهم فعلی الاول

لااشکال فی الخیار اذا تحقق التدلیس بموجب للخیار کالجنون والعمی وفی مطلق النقص کالعور ونحوه باخفائه وکذا فی صفات الکمال کالشرف والحسب والنسب والجمال والبکاره وغیرها بتوصیفها بها مع فقدانها فی الواقع ولا فرق فی ذلک بین الاشتراط فی ضمن العقد او وقع العقد مبنیا علیه فمع تبین عدم البکاره مثلا یرجع بالمهر علی المدلس ان کان بعد الدخول والعقد.

فمع السکوت عن العیوب التی توجب النقص عرفا عند العقلاء مع وجوده واعتقاد الزوج عدمه لادلیل علی عدم الخیار فان العقلاء لا یوجبون الالتزام بذلک العقد مع العیب الواقعی کما فی البیع ولافرق بین مانحن فیه وبین باب البیع من جهته الرغبات وتفاوتها بالنسبه الی النقص والکمال الا ان یکون المسئله اجماعیه والظاهر انه لیس کذلک نعم اذا سکتت الزوجه اوولی العقد عن ذکر العیب مع اعتقاد الزوج وجوده فیها واوقع العقد مع التوجه والالتفات فلا یوجب الخیار الا ان یقال ان غرض الزوج تزویج الزوجه المعیوبه لوجه من الوجوه العقلائیه کما اذا کان عمی واعرج وقصد تزویج الزوجه التی یناسب حاله فی الضیعه فظهر خلاف غرضه من کونها ذات جمال من دون عرج وعماء فلایبعد ان یقال بالخیار فی ذلک المورد ایضا اذا کانت عند العقلاء غیرکفو وان کانت ذات کمال کما فی البیع فان بعض الامتعه فی بعض الفصول لایرغب فیه العقلاء فمع الکمال له الخیار فتدبر لعد ذلک غبنا عندهم الا ان یکون المورد مثل البکاره عند بعض

الغربیین فمع کونها مطلوبه عندهم لایعد ذلک نقصا یوجب الخیار اذا کان الزوج بعادتهم اومنهم وعدم التفاوت بحاله بین وجود البکاره وعدمها .

واما اذا کانت المراه ذات عیب او الرجل کذلک بحیث یعد عند العقلاء منقصه ولایلتزمون به فلا یبعد القول بالخیار فی کل مورد یعدون لزوم الوفاء بالعقد ضررا اوحرجا " اومنقصه لایلتزمون به العقلاء فی محاوراتهم فلابد من دلاله دلیل معتبر علی عدم جواز الفسخ فی هذه الصوره التی لایوجیون الالتزام بهذا النحو من العقد .

وکیف کان فجمیع ما یعتبر فی الکفائه غیر الاسلام انما هو راجع الی اللزوم دون الصحه کما صرح بذلک غیر واحد من الاصحاب بل الاتفاق بین المسلمین .

فعن الخلاف مسئله ۳۳ النکاح اذا رضی الولاه والزوجه من لیس بکفو فوقع العقد علی من دونها فی النسب والحریه والدین والصناعه والسلامه من العیوب والیسار کان العقد صحیحا " وبه قال جمیع الفقهاء وقال عبدالملک بن الماجشون من اصحاب مالک الکفائه شرط فی صحه عقد النکاح فمتی لم یکن کفوا لها فالعقد باطل وان کان برضاها ورضی الولاه دلیلنا اجماع الفرقه بل اجماع الامه وخلاف ابن الماجشون لایعتد به ومع ذلک فقد الفرض انتهی .

فتصریحهم بالصحه مع عدم التزام ابی حنیفه واصحابه بعدم الاعتبار بالحریه والسلامه من العیوب وقولهم بعدم الفسخ فی العیوب اصلا یوجب فرقا واضحا " بین قول العلماء بالصحه وجواز الفسخ واللزوم

وعدم جواز الفسخ علی قول ابی حنیفه واصحابه ومع ذلک لا ینافی ذلک مع قوله بالخیار لها فی ثبوت الخیار لها وهو خیار الفرقه بالطلاق ویکون طلاقا لافسخا "کما صرح بذلک فی مسئله ۱۲۴ کتاب الخلاف فی قول ابی حنیفه فالاصحاب فی المسئله علی اقوال ثلاثه، المشهور من العامه والخاصه قائلین بالفسخ فی صوره وجود العیوب المذکوره الموجبه للفسخ وقول ابی حنیفه القائل باللزوم فی الحریه والعیوب الا انه اثبت للمرئه حق مطالبه الطلاق و قول ابن الماجشون القائل بالبطلان فی صوره عدم الکفو مطلقا ولو کانت المراه والولاه راضیه بالعقد.

فتبین من جمیع ما ذکرناه کله ان الاقوی عدم اعتبار الیسار و لا واحد من العیوب فی الکفائه المعتبره فی صحه النکاح غیر الاسلام لقوله (ص) علیه السلام ان المؤمن کفو المومنه والمسلم کفو المسلمه کما صرح بذلک فی قضیه زیاد بن لبید وجویبر الوارده فی الکافی الی غیر ذلک من الاخبار الوارده فی تکافوء المسلمین بعضهم من بعض وقوله (ص) المؤمنون بعضهم اکفاء بعض تتکافاء دمائهم ویسعی بذمتهم ادناهم ـ لکن الاقوی تبعا لغیر واحد من الاصحاب ثبوت الخیار لها فی الفسخ لو تزوجت بفقیر مع الجهل او ا رط الغنی اوفی صوره التدلیس او ایقاع العقد مبنیا علی الغناء او توصیف الزوج بکونه ذا مال والقول بعدم اشتراط النکاح الخیار مما لادلیل علیه لعدم الفرق فی ادله الخیار بین البیع وغیره من جهته النقص والعیب واستلزامه الضرر والجرح فی بعض الاحیان.

وایجاب ذلک الخیار فی البیع دون النکاح یحتاج الی دلیل بعد کون مدرک ذلک هو بناء العقلاء علی عدم الالتزام بالعقد الذی فیه عیب ونقص وعار وضرر ومجرد کون الفقر من شعار المؤمنین واولیاء الله وان اغلبهم صفر الید من حطام الدنیا لایوجب الزام الناس بسیره الزهاد والعرفاء الشامخین التی هی من اشرف المقامات الانسانیه والکمالات المعنویه التی توجب الشرف الذاتی فی الدنیا والاخره وان جمیع الشرور من ناحیه المال فمع ذلک کله لایعد ذلک ملاکا فی الفتوی الفقهی الذی هو بمناط ما یلتزمون به العقلاء بما هو کذلک.

فلابد ان یقال ان مقتضی القاعده هو اجراء حکم الفسخ فی کل عیب الا ان یقوم اجماع علی خلافه فی النکاح ومجرد ضبط العیوب الموجبه للفسخ فی الکتب الفقهیه لایوجب عدم التعدی عنه الی کل عیب عند العقلاء الا ان یستفاد من حصر العیوب الانحصار ثم ان الفقر فی کثیر من الموارد موجب للاضرار بالمؤنه ونفی الضرر یوجب الالتزام بجمیع لوازمه منها فسخ العقد الذی یوجب لزومه ضررا" مع عدم الانجبار.

ومجرد عدم احراز وجود الراغب فیها من الموسرین لایوجب اسقاط خیارها والاستخلاص من ید زوجها الفقیر فان التزویج للمراه لیست من الواجبات بل ربما یکون عدم الازدواج اصلح بحالها اذا کانت ذات صنعه ترفع بها احتیاجاتها وتقوم بنفسها بمونتها من دون احتیاج الی الزوج فالزامها علی البقاء مع الزوج الفقیر ضرر عظیم علیها بخلاف ما اذا فسخها وتشتغل بعد ذلک بالخیاطه والغزل

والنساجه الی غیر ذلک من الامور اللائقه بحالها ـ واما مجردتشریع الله تعالی مایرتفع بذلک الضرر عنهما وهو وجوب الانفاق علیهما من بیت المال فاسوء حالاًمما تقدم لعدم دوله وحکومه‌حقه فی الاسلام خصوصا فی زماننا وماضاحاها من الازمنه المتقدمه لعدم بیت مال علی وجه صحیح یوجب جبران خساره المتضررین ودفع قرض المقترضین وموءنه الفقراء والمساکین واموال القصر والمجانین فمع کون الحال بهذا المنوال لایوجب ذلک منها اسقاط الخیار .

****

(فی حق مطالبه الطلاق مع عدم الانفاق)

ولوتجدد عجزالزوج عن النفقه ،هل تسلط علی الفسخ فیه روایتان اشهرهما انه لیس لها ذلک .

یمکن ان یقال انه مع تجددالفقر والعجز عن النفقه ان لها المطالبه بالطلاق دون فسخ الخیار بعدلزوم العقد واستصحاب اللزوم نعم ابقائها علی تلک الحاله یوجب الضرر فیندفع بجعل مطالبه حق الطلاق لها ویدل علیه من الکتاب قوله تعالی الطلاق مرتان فامساک بمعروف اوتسریح باحسان ۲۲۹ سوره البقره .

بیان ذلک ان الخطابات الوارده فی القران لیست ناظره الی حاله الافرادوخصوصیات المکلفین من العاجز والقادروالضعیف والقوی والغنی والفقیر بل هی خطابات کلیه جعلت علی نحوالجعل القانونی الکلی فالملاحظ فی امثال هذه الخطابات عموم حال المکلفین وفی المقام ایضا کذلک فان العاجز عن نفقه زوجه لایمکن ان یخاطب بخطاب الامساک بالمعروف لعدم امکان القیام بالنفقه فی حقه الا ان مصلحه الامر والخطاب لاتختص بصوره الایسار فلابه من التقیید فی الماده فلا بدا ما ان یکون فی ابقاء الزوجیه من النفقه اوالتسریح بالاحسان الذی هواحدفردی الواجب المخیر- ومن المعلوم ان امثال هذه الخطابات فی المجتمع الاسلامی انما هولملاحظه حال الغیرولیست مجردتکلیف بالزوج بحیث لوخالف هذا الخطاب والتکلیف یوجب ذلک العقاب الاخروی من دون شیئی اخر بل یثبت ذلک الخطاب حقا ثانیا للزوجه بمطالبه النفقه فمجردالعصیان لایوجب اسقاط التکلیف عنه

بل لابد من ارضاء الزوجه وانها حق لها علیه لایسقط الابرضاها فمع المطالبه بالنفقه فلا بد من النفقه ومع عدم النفقه فلها المطالبه بالطلاق وهو احد شقی التخییر کما صرح بوجوب الاسترضاء علمائنا فهو یوجب القول باکثر من صرف التکلیف الساقط بالامتثال اوالعصیان .

فمن المعلوم انه اذا عمل باحد الشقین فلا کلام واما اذا امتنع الزوج من النفقه اوالطلاق فللحاکم الشرعی اجباره باحد الشقین ان کان موسرا وان کان معسرا فاما ان یجبرا عساره اویجبره علی الطلاق الذی یطالب بها الزوجه فکما ان لها المطالبه علی النفقه بمقتضی الایه فکذلک لها المطالبه بالطلاق بمقتضی هذه الایه ایضا ".

ویدل علیه من الاخبار ایضا صحیح ابن ابی عمیر عن جمیل بن دراج قال لایجبر الرجل الاعلی نفقه الابوین والولد قال ابن ابی عمیر قلت لجمیل والمراه قال قدروی عنبسه عن ابیعبدالله (ع) قال اذاکساها مایواری عورتها ویطعمها مایقیم صلبها اقامت معه والاطلقها - والظاهر من الروایه هو الاجبار علی النفقه فی صوره مطالبه الزوجه لامطلقا فکان لها حق المطالبه بقرینه قوله اقامت معه ای فمع النفقه یجب علیها القیام معه ومع عدم النفقه لایجب القیام بل تطالب بالطلاق .

والطلاق ایضا کذلک فیجبر علی الطلاق فی صوره النکول .

وفی صحیحه روح بن عبدالرحیم قال قلت لابی عبدالله قوله عزوجل ومن قدر علیه رزقه فلینفق مما اتیه الله قال اذا انفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوه والافرق بینهما والمراد منه ایضا هو الطلاق .

وصحیحه ابی بصیر یعنی المرادی قال سمعت اباجعفر (ع) یقول من کانت عنده امراه فلم یکسها ما یواری عورتها ویطعمها ما یقیم صلبها کان حقا علی الامام ان یفرق بینهما - ومن الواضح ان حق الافتراق علی الامام لیس حکما " تعبدیا " له من دون ان یثبت لها ذلک الحق بل حق الامام فی المقام انما جاء من ناحیه حق الزوجه ومطالبتها له لامطلقا " والذی یوضح ذلک انه مع عدم مطالبه الطلاق لیس للحاکم ان یفرق بینهما بل فی صوره مطالبه الطلاق فحق المطالبه ثابت لها حتی تطالب بالطلاق اوالنفقه کما هو واضح - نعم فی قبال هذه الروایات ،

صحیحه ابن محبوب عن بنان عن ابیه عن عبدالله عن السکونی عن جعفر بن محمد عن ابیه عن علی علیه السلام ان امراه استعدت علی زوجها انه لاینفق علیها وکان زوجها معسرا " فابی علی علیه السلام ان یحبسه وقال ان مع العسر یسرا " - لکن یمکن ان یقال ان موردها قضیه فی واقعه وحکایه الفعل لاطلاق لها حتی یوخذ به مع انها لم تطالب الطلاق بل طالبت بالنفقه مع اعساره فلم یکن وجه لحبسه فلذا لم یحبسه علی (ع) لاجل اعساره فلا تنافی مع حق الطلاق لها اذا طالبها .

وتعلیق الحکم بالامام من جهته وجود الامام وجمیع الامور العامه فی زمانه مع بسط یده وامکان الوصول الیه یرجع الیه کالجهاد وجبایه الصدقات وسد الثغور وحفظ اموال القصر والیتامی وسایر المعاملات مع الکفار واما مع عدم وجوده وعدم امکان الوصول الیه کما

فی زماننا هذا فالمتکافل لاجراء هذه الاحکام هم الفقهاء العدول ومع عدم وجودهم وعدم امکان الوصول الیهم وعدم بسط ایدیهم کما فی بعض البلاد النائیه المتکافل لهذه الامور عدول المؤمنین مع وجودهم والاففساقهم من جهته اطلاق الادله الاولیه من آیات الحدود والدیات وادله الجبایه وصرفها فی مصالح المسلمین ومنها الطلاق فمع تسلیم الزوج باحدالامرین یعمل به فمع عدم العمل یتکفل الطلاق عن قبله الحاکم الشرعی اوعدول المؤمنین کمالایخفی .

قال فی الخلاف کتاب النفقات مسئله ١٥ اذا اعسرفلم یقدر علی النفقه علی زوجته لم تملک زوجته الفسخ وعلیها ان تصبر الی ان یوسروبه قال من التابعین الزهری وعطاء بن یسار والیه ذهب اهل الکوفه وابن ابی لیلی وابن شبرمه وابوحنیفه وابویوسف ومحمدقال الشافعی هی مخیره بین ان تصبرحتی اذا ایسر استوفت مااجتمع لها وبین ان تختار الفسخ فیفسخ الحاکم بینهما وکذالک اذا اعسر بالصداق قبل الدخول .

فالاعسار عیب بذمته فلها الفسخ وبه قال فی الصحابه علی ماروه عن علی علیه السلام وعمروابوهریره وفی التابعین سعیدبن المسیب وسلیمان بن یسار وعطاء بن ابی رباح وفی الفقهاء حمادبن ابی سلیمان وربیعه بن ابی عبدالرحمن ومالک واحمدواسحق واستدل علی القول بعدم الفسخ بقوله تعالی وان کان ذوعسره فنظره الی میسره ولم یفصل وقوله تعالی وانکحواالایامی منکم والصالحین من عبادکم الایه ثم قال ان اخبار اصحابنا وارده بذلک .

ولکن یردعلیه ان الایه وارده فی ذیل ایه الربوا بقوله تعالی یا ایها الذین آمنو اتقواالله وذروا ما بقی من الربوا ان کنتم موء منین فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلکم رئوس اموالکم لاتظلمون ولاتظلمون وان کان ذوعسره فنظره الی میسره وان تصدقوا خیرلکم ان کنتم تعلمون - فهی وان کانت تدل علی لزوم الصبر عن المطالبه مع العسر بالنسبته الی النفقات السابقه والحالیه التی تکون دینا فی ذمه الزوج الا انها لاتنافی بین لزوم الصبر بالنسبه الی النفقه ومطالبه الطلاق .

نعم موردکلام القایلین بالصبر هو عدم الفسخ فهولایمنع عن مطالبه حق الطلاق بمقتضی قاعده لاضرر وعدم جعل الجرح فی الدین ایضا بل مع عدمهما ایضا بمقتضی ماتقدم من الایه فالزامها علی الصبر ینافی الامساک بالمعروف الدال علیه صریحا الکتاب العزیز ولایرفع الید عن هذه الصراحه بما لادلاله له علی الحکم کالایتین اللیتین استدل بهما الشیخ قده لان الاولی بصددبیان لزوم الصبر بالنسبه الی مطالبه الدین والثانی حکم استحبابی بالنسبه الی ابتداء حکم النکاح وعلی فرض دلالتها علی الاستدامه ایضا لایدل علی لزوم الصبر معه وعدم مطالبه الطلاق کما هوغرض الشیخ .

وعلی فرض عدم الحاکم وعدم عدول الموء منین هل تکون مستقله فی اجراء حکم الطلاق باعتبار کونها واحدا منهم اویلزم علیها الصبر او تفسخ من غیر طلاق وجوه والاظهر هوالطلاق من جهته بقاء الزوجیه و انحصار اسباب الفسخ بغیرهذه الصوره فلا بدمن الافتراق بینهما من الطلاق

ثم انه مع عدم عدول المؤمنین وعدم امکان احضار الشاهدین العدلین هل یکتفی بشاهده الفاسقین اویسقط الشاهدان من راس فالمسئله یحتاج الی مزیدتامل واجتهاد.

ویجوز نکاح الحره العبدوالعربیه العجمی والهاشمیه غیر الهاشمی وبالعکس وکذا ارباب الصنایع الدنیه بذوات الدین والبیوتات ـ لعموم الادله من الکتاب العزیز والسنه المعتبره من عدالمؤمن کفوا للمؤمنه وقضیه تزویج جویبر الدلفاء والمومنون بعضهم اکفاء بعض الی غیر ذلک من الاخبار الوارده فی ترغیب الناس علی النکاح وان من ترضون دینه وخلقه زوجوه والاتکن فتنته فی الارض وفسادکبیر.

فمایظهر عن ابن الجنید من منع من حرمت علیه الصدقه التزویج بمن حل له استنادا" الی روایه بلال فی ملاقات الهشام بعض الخوارج والمرسل فی الفقیه نظرالنبی (ص) الی اولادعلی وجعفر فقال بناتنا لبنینا وبنونا لبناتنا ـ علی خلاف الاجماع سابقا علیه ولاحقا" وکذلک الاخبار والسیره المستمره بین المسلمین من تزویج غیرالهاشمی من الهاشمیات الی ماشاءالله فلایمکن الاستنادالی الروایتین مضافا الی ضعف الدلاله فان التابی فی الاول محمول علی خصوصیه المورد من کون الطرف خارجیا وخارجا" من الدین والثانی لبیان الکفو من الطرفین لا ان لایکون غیرهم کفوا لهم کماهوظاهر.

ولیعلم ان نکاح الولی الصغیره من غیرالکفوالعرفی تاره من جهته مصلحه الصغیره اوعدم مفسده فی ذلک التزویج فیحکم بصحه

النکاح ولزومه وهومقتضی الولایه الثابته للولی بناء علی کونها منوطه بوجود المصلحه اوعدم المفسده علی احد القولین فی المسئله. واما مع وجود مفسده للصغیره فی هذا النکاح فان الظاهر بل المعلوم عدم ثبوت الولایه فی هذا المورد اصلا کما اذا کان هذا التزویج مفیداً بحال تجاره الولی وجالبا للنفع له من دون منفعته فی ذلک علی الصغیره وکما اذا تزوجها عمن بلغ من العمر سبعین وهی فی ثمانیه سنه فان ذلک التزویج ضرر عرفا ولایشمله اطلاق الروایات و کلمات الاصحاب فمع البلوغ یحکم بالبطلان ان لم ترض بذلک ومع الرضا فلا کلام ـ وتمام الکلام فی اولیاء العقد.

ولوخطب المؤمن من القادر علی النفقه وجب اجابته وان کان اخفض نسبا" ولو امتنع الولی کان عاصیا ، ولوثبت هذه الکلیه فلاینافیه کراهه تزویج الفاسق وخصوصا وشارب الخمر والزانی والمخالف وکراهته تزویج المهاجره بالاعرابی وغیر ذلک لجواز الاستثناء من الکلیه المذکوره .

الا ان الکلام عدم ثبوت هذه الکلیه بل یستحب موکدا" ومع قصد عدول الولی الی الاعلی کما فی المسالک مع وجوده بالفعل اوبالقوه وخصوصا اذا کان فیه شیی من المسلطات علی الفسخ ولم یاب الولی علیها کما فی کشف اللثام وخصوصا اذا کان هناک طالب اخر کما فی وان کان ادون منه فلایخلو اصل الحکم من الاشکال کما فی الجواهر لاصاله عدم وجوب الاجابه وانتفاء الحاجه فی الصغیر وخصوصا بملاحظه عدم وجوب

الاجابه بالنسبه الی المخطوبه التی هی اولی بنفسها الذی لایجب فیه النکاح .

ودعوی وجوب الاجابه بعد المیل الی النکاح لافی صوره عدم المیل مما یحتاج الی دلیل فاقد فی المقام اضف الی ذلک ان السیره المستمره بین المسلمین علی خلاف ذلک فی الاولیاء وفی المخطوبه ایضا والاخبار الوارده بالحث علی التزویج ممن ترضون خلقه ودینه والا تکن فتنه فی الارض وفساد کبیر بمعنی عدم مشروعیه الامتناع من حیث الحسب والنسب وانوف الجاهلیه والشرف والغناء والثروه والعظمه الی غیر ذلک مما کان دیدن العرب فی الجاهلیه وبعد الاسلام .

نعم لوکان المخطوبه راضیه ومائله بذلک الزواج فلا اشکال فی عدم جواز الامتناع ویمکن ان ینزل علی هذا مورد کلام المصنف خصوصا بقرینه الامتناع بانه هو المانع الوحید مع رضائها ومیلها بذلک .

نعم روی ابن ادریس انه اذا خطب المؤمن الی غیره بنته وکان عنده یسار بقدر نفقتها وکان ممن یرضی افعاله وامانته ولایکون مرتکبا لشیء مما یدخل به فی جمله الفساق وان کان حقیرا " فی نسبه قلیل المال فلم یزوجه ایاها کان عاصیا لله تعالی مخالفا لسنه نبیه .

ولکن یرد علیه مضافا الی ضعف السند لایمکن الافتاء بمضمونه خصوصا مع اراده التزویج بمن هو اولی منه واقدر للنفقه فان رغبات الناس متفاوته والقول بالعصیان فیما اذا رده ولم یزوجه لفقره والانفه

منه مما لیس علیه دلیل واعتقاد انه لیس کفوا شرعیا یوجب العصیان من جهته التشریع وهو ایضا محل منع واما الاعتقاد بعدم کونه کفوا عرفا مما لایوجب المعصیه ـ والاعراض عن الروایه اولی من حملها علی محامل بعیده وبالجمله ان اصل الوجوب مع عدم دلیل یدل علیه فی الولی الشرعی للصغیره مع عدم مصلحه خارجیه تقتضی وجوبه فی غایه الاشکال والاصل البرائه بل استصحاب عدم الوجوب.

***

ولو انتسب الزوج الی قبیله فبان من غیرها کان للزوجه الفسخ

وقیل لیس لها وهو اشبه ، القائل بجواز الفسخ الشیخ فی النهایه واتباعه کابنی حمزه وسعید (نجیب الدین) واستندوا فی ذلک الی صحیح الحلبی قال فی رجل یتزوج المراه فیقول انا من بنی فلان فلا یکون کذلک قال یفسخ النکاح اویرد وفی المسالک ان الروایه موقوفه لاتصلح للحجیه علی فسخ مثل هذا العقد المعتضد بقوله تعالی او فوا بالعقود واصاله بقاء النکاح نعم لوشرط ذلک فی متن العقد توجه التسلط علی الفسخ بالاخلال بالشرط وان لم یرد فی ذلک روایه عملا بالعموم انتهی .

ویمکن ان یقال ان الروایه ایضا فی مورد الاشتراط او التدلیس الراجع فی الحقیقه الی الشرط الضمنی اووقوع العقد مبنیا علیه فکان الزوج انتسب الی قبیله فبان کون نسبها دون ممن انتسب الیها سواء کان اعلی من نسب الزوجه اومساویا اوادون تقضیته للاشتراط وکشف خلاف الشرط بخلاف ماکان نسبه اعلی ممن انتسب الیه

لعدم دخوله فی موردالروایه فعلیه یکون الروایه علی طبق القاعده

نعم هل یجری فی النکاح خیارالفسخ اولا والذی یستفاد من کلماتهم رضوان الله علیهم اجمعین عدم جریان الخیار فی النکاح بل فی الجواهر انه من ضروریات الفقه - فلا یصح اشتراطه فی العقد اتفاقا کما فی کشف اللثام وغیره بل یستفاد ذلک من عباره المحقق بقوله یصح اشتراط الخیار فی الصداق خاصه اختصاص الخیار بالصداق فقط لا الی اصل العقد وقد علل ذلک بایجابه الی ابتذال المراه وان النکاح فیه شائبه العباده وان موجبات الفسخ منحصره فی موارد خاصه ولقاعده نفی الضرر وغیره .

وانت خبیر بعدم صحه ذلک کله لولم یکن اجماع فی البین لجریان الضرر فی عدم الجعل ایضا وکذا الابتذال وغیره من العلل .

وکیف کان والذی یمکن ان یقال هو عدم اشتراط الخیار فی نفس العقد بمعنی ایقاع احد الطرفین فسخ العقد فی وقت معین سواء من طرف الزوج او من طرف الزوجه والظاهر تحقق الاجماع بذلک بین الاصحاب .

کما صرح بذلک شیخ الطائفه فی بیع الخلاف مسئله ۱۷ اذا اصدقها وشرط الخیار ثلاثا اوما زاد علیه فی النکاح بطل النکاح بلا خلاف وان شرط فی الصداق الخیار وحده کان بحسب ما شرط انتهی وفی المبسوط ایضا عقد النکاح لایدخله خیار المجلس باطلاق العقد ولا خیار الشرط بلا خلاف فان شرط خیار الثلاث بطل النکاح وقال قوم یبطل الشرط دون النکاح والاول اقوی انتهی .

وعن ابن رشد فی البدایه والموضع الثالث وهو هل یجوز عقد النکاح علی الخیار فان الجمهور علی انه لایجوز وقال ابوثور یجوز والسبب فی اختلافهم تردد النکاح بین البیوع التی لایجوز فیها الخیار والبیوع التی - یجوز فیها الخیار او نقول ان الاصل فی العقود لاخیار الا ماوقع علیه النص وعلی المثبت للخیار الدلیل انتهی .

فالظاهر من کلمتهم عدم صحته اشتراط الخیار فی اصل العقد بل عدم الصحه فی صوره الاشتراط ایضا .

واما خیار تخلف الوصف او الشرط کما هو مسئلتنا هذه فالظاهر جریان خیار تخلف الوصف او الشرط وفاقا للشیخ فی النهایه والمبسوط وابن ادریس والجنید وابن حمزه بل المحقق فی الکتاب والعلامه فی القواعد والمختلف والشهید فی المسالک بقوله نعم لو شرط ذلک فی متن العقد (ای کونه من قبیله) توجه التسلط علی الفسخ بالاخلال بالشرط وان لم یرد فی ذلک روایه عملا بالعموم انتهی .

قال فی محکی النهایه واذا انتمی الرجل الی قبیله وتزوج فوجد علی خلاف ذلک ابطل التزویج واختاره ابن الجنید وابن حمزه وجعله ابن البراج فی کتابیه معا روایه .

وقال فی المبسوط وان کان الغرور بالنسب نظرت فان وجد دون ما شرط ودون نسبها فلها الخیار لانه لیس بکفو وهو مضمون روایه الحلبی بناء علی کونها ظاهره فی الفسخ فی صوره الادون من نسبها لافی صوره الاعلی فانه غالبا یکون علی وفق المراد والمیل فلیس

فیه خیار کما اشار الیه بقوله وان کان دون ما شرط لکنه مثل نسبها او اعلی منه مثل ان کانت عربیه فشرط هاشمیا فبان قرشیا فهل لها الخیار ام لا فالاقوی انه لاخیار لها وفی الناس من قال لها الخیار وقدروی ذلک فی اخبارنا - فالظاهر ان المراد بالروایه فی هذه الصوره غیر روایه الحلبی وتعلیله بعدم الکفوفی الاولی دون تعلیله بتخلف الشرط باعتبار انه لو استندالی تخلف الشرط کان مختاره فی المسئلتین واحدا " وهو یفرق بینهما فلم یکن مناسبا "لتعلیله بتخلف الشرط حتی یکون فرق بین الفرعین .

فظهر من ذلک عدم التخالف بین قولی الشیخ فی النهایه والمبسوط بل ما افتی به فی النهایه هو المفتی به فی المبسوط علی طبق مضمره الحلبی لکن خالف فی المبسوط من جهته انه اذا کان دون ما شرط ولکنه مثل نسبها او اعلی منه لایکون ح خیار فی البین - والوجه فی عدم الخیار باعتبار عدم الغضاضه والمنقصه والضرر فی ذلک نعم لو لم تکن راضیه الابمورد الشرط بحیث کان فی غیر مورده غضاضه علیها لغرض فی نفسها یکون لها الخیار عملا بالشرط اللازم الوفاء .

قال فی الخلاف - مسئله ۵۴ النکاح اذا تزوج العبد بحره علی انه حرفبان انه عبد او انتسب الی قبیله وکان بخلافها سواء کان اعلی مما ذکر او ادنی او ذکر انه علی صفه وکان علی خلافها من طول او قصر او حسن او قبح او سواد وبیاض کان النکاح صحیحا والخیار الی الحره وبه قال ابوحنیفه وللشافعی فیه قولان احدهما مثل ما قلناه وهو اختیار المزنی وابی حامد الاسفراینی والاخر النکاح باطل دلیلنا انه اذا ثبت

المسئله الاولی ثبت هذه فان احدا لایفرق بینهما انتهی دلیل المسئله الاولی اجماع الفرقه واخبارهم .

ففی الخلاف قال بالخیار فی صوره الاشتراط فی العقد الا انه یخالف قوله فی المبسوط القائل بعدم الخیار مع کون نسبه مساویا اواعلی ولکنه دون ما شرط علی اعترافه بوجود روایه فی اخبارنا الذی افتی بمضمونها فی الخلاف اللهم الا ان یحمل کلامه فی المبسوط علی رضاء المراه بذلک مع کون المورد خلاف الشرط فمع عدم رضائها لها الفسخ فلایخالف کلامه فی الخلاف مع مافی المبسوط .

وروی ابن ادریس فی اخرالسرائر قال روی ان الرجل اذا انتسب الی قبیله فخرج من غیرها سواء کان ارذل او اعلی منها یکون للمراه الخیار فی فسخ النکاح وعن العلامه فی المختلف عن ابن البراج انه قال قد روی ان الرجل اذا ادعی انه من قبیله معینه علی امراه ثم ظهر انه من غیره ان عقده فاسد ویمکن ان یکون اطلاق مورد فتوی النهایه وکذا الشرایع والقواعد من جهته اطلاق هذه الروایات التی لم تفرق بین الاعلی والادون والمساوی من جهته الاشتراط وعموم ادله الشروط کما اعترف به فی المسالک وابن ادریس وان نسب ماقاله الشیخ فی النهایه الی انه خبرواحد لانه قال الا ان هذا وان لم یکن عیبا ترد به لانه تدلیس فرددناه من حیث التدلیس بالاشتراط لامن حیث انه عیب ترد به من غیراشتراط لان العیوب هی فی الخلقه ترد به النکاح وان لم یشترط السلامه فی حال العقد بل بمجرد العقد ترد النکاح لعیب الخلقه واما التدلیس فانه اذا اشترط

انه حر فخرج عبدا او انتسب الى قبيله فخرج بخلافها سواء كان اعلى منها او ادنى وكذلك السواد والبياض اذا شرطه فخرج بخلافه وما اشبه ذلك فلا ترد به النكاح الا اذا اشترط خلافه فاما بمجرد العقد دون تقدم الشرط فلا يرد به النكاح فهذا الفرق بين عيب الخلقه والتدليس فهو قدس سره وان رد دليل الشيخ باعتبار كونه خبرا واحدا الا انه افتى بالخيار في صوره تخلف الشرط والوصف في صوره الاشتراط .

وعن العلامه في المختلف الاقرب انه اذا انتسب الى قبيله فبان ادنى منها بحيث لايلائم شرف المراه كان لها الخيار في الفسخ لما فيه من الغضاضه والنقص والتضرر بذلك - واطلاق كلامه اعم من صوره الاشتراط وعدمه والظاهر منه انه لايقول بالخيار في صوره عدم الغضاضه كما اذا كان اعلى او مساويا وان كان دون ما شرط وهو يلائم ما افتى به في المبسوط - وكيف كان ولعل تردد المحقق بقوله وقيل ليس لها الفسخ وهو اشبه من جهته اطلاق كلامهم حتى في صوره عدم الغضاضه وكونه اعلى او مساويا وان كان دون ما شرط بخلاف ما كان ادون من نسبها مع الاشتراط فكان الخيار في هذه الصوره من المسلمات عندهم فالقول به في صوره تخلف الشرط مطلقا وفاقا لمن تقدم - هو المتعين بين الاصحاب لعموم ادله الشروط ولم نجد ما يخالف تلك الادله حتى يرفع اليد عن عمومها او اطلاقها بالنسبه الى النكاح وكان ابن ادريس لم يقبل اطلاق عباره الشيخ في النهايه بالخيار في صوره كشف الخلاف مطلقا سواء اشترط اولا ورد الخبر بكونه خبرا

واحد من جهته اطلاقه حتی فی صوره عدم الاشتراط والافقد عرفت انه قائل بالفسخ من جهته الاشتراط فالخبر قابل للتقیید بها حتی یکون دلیلا علی الفسخ فی صوره الاشتراط وکذا عباره النهایه ظاهره فی صوره الاشتراط والدلیل علیه ادله الشروط مضافا الی مضمره الحلبی وروایه ابن ادریس وابن البراج مع احتمال الاتحاد فیهما مع روایه الحلبی وصحه حمله علی صوره الاشتراط فلا یکون الروایه والروایات علی خلاف القاعده بل علی وفقها

فقد عرفت من جمیع ماذکرناه ان الحکم بالفسخ فی باب النکاح لیس من جهته قیاسه علی باب البیع حتی یقال انه مع الفرق بینهما لایمکن القیاس ومع امکانه فهو باطل بل القول به من جهته ادله الشروط موبدا بالروایه وفتوی الاصحاب.

وعدم اقتضاء الموءمنون عندشروطهم ازید من الالزام بالشرط القابل لان یلزم بتادیته لامثل شرط الاوصاف الخارجیه کما عن الجواهر ممالایخفی مافیه اذمن الواضح عدم الفرق بین الشروط الخارجه عن العین کشرط الالزام مثل تملیک دارا وعبدا واتیان شیی والشروط الداخلیه والاوصاف فی العین الخارجیه فمع التخلف یوخذ بالخیار والمضمر الحلبی علی فرض الاخذ به قابل للتقیید.

ولافرق فی الفسخ فی صوره تخلف الشرط بین کونه من طرف الزوج اوالزوجه ومجردالاستبعاد لایوجب رفع الید عن العمومات والاطلاقات وحمل الروایه علی صوره ترویج الولی والوکیل اوغیرهما ممایعتبر

فی لزوم نکاحه المصلحه اوعدم المفسده خلاف ظاهرها خصوصا بعد کونها مطابقا للقاعده فمع الاعتراف بثبوت الخیار فی صوره التدلیس وظاهرهم الاجماع علیه مع اشتراط الوصف اوالشرط فی متن العقدبل ومع الاعتراف بثبوت الخیار اذا تزوجها علی الوصف الذی دلست به فبان الخلاف وان لم یشترط ذلک فی متن العقدکما عن الجواهر لایبقی محل للدغدغه والخدشه والمسئله بحمدالله والمنه فی غایه الوضوح وهوخیار الفسخ فی صوره تخلف الوصف اوالشرط عملا بادله الشروط .

****

اذا تزوج المراه ثم علم انها کانت زنت لم یکن له فسخ العقد ولا الرجوع علی الولی بالمهر وروی انه له الرجوع ولها الصداق بما استحل من فرجها وهوشاذ.

وهو مختار المتاخرین فی الموردین کما فی المسالک علی ما فی الریاض للاصل فیهما وعن ابن بابویه فی المقنع واذا زنت المراه قبل دخول الرجل بها فرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث جاء من قبلها وعن المفید القول برد المحدوده فی الفجور وبه قال سلار وابن البراج واختاره ابن الجنید وابوالصلاح ایضا وقطب الدین الکیدری وقال فی النهایه المحدوده فی الزنا لاترد وکذلک التی کانت قدزنت قبل العقد فلیس للرجل ردها الاان له ان یرجع علی ولیها بالمهر ولیس له فراقها الا بالطلاق .

وفی المبسوط اذاکانت له زوجه فزنت لاتبین منه والزوجیه باقیه

اجماعا الا الحسن البصری انتهی .

وفی الخلاف مسئله ۷۰ اذاکانت عنده زوجه فزنت لاینفسخ العقد والزوجیه باقیه وبه قال جمیع الفقهاء وقال الحسن البصری تبین منه وروی ذلک عن علی علیه الصلوه والسلام دلیلنا اجتماع الفرقه واخبارهم وایضا الاصل بقاء العقد وبطلانه وانفساخه یحتاج الی دلیل انتهی .

وانت تری ان الاجماع الذی ادعاه الشیخ فی الکتابین فی قبال قول من قال بالانفساخ القهری وهوقول الحسن البصری ولاینافی فی ذلک من القول بجواز الفسخ کما عن الصدوق والمفیدفی المحدوده ـ الا ان عباره النهایه التصریح بعدم جوازالفسخ والفراق الا بالطلاق .

وعن ابن ادریس ـ الذی یقوی فی نفسی ان المحدوده لاترد بل یرجع علی ولیها بالمهر اذاکان عالما بدخیله امرها وان ارادفراقها طلقها والاقرب عندی عدم الردبه للاصل انتهی .

ولکن لابد فی المقام من تحقیق لحال لیتضح الحکم بعدعدم وجود اجماع مسلم فی البین حتی یتمسک به ویحکم بلزوم العقدفی صوره الزنا وان کان عیبا".

فنقول فمن المسلم کما ان العمی والعور والبرص والجذام والرتق والافضاء عیب عندالعقلاء ولایعتریه الشک والریب فکذلک کون المرائه زانیه عیب فاحش خصوصا اذاکانت محدوده وکذلک اذاظهرت بعدالعقد انها قدکانت زنت وکذا اذا صارت زانیه اومحدوده بالزنا بعدالعقد

وکذا اذا کانت زانیه اومصره علیه بعد الدخول ایضا فان جمیع ذلک عیب عرفی عندالعرف والعقلاء بحیث یرون العیب فی الزانیه وفی المشهوره، منها والمحدوده ظاهره بارزه لایشک فی کونه عیبا عندهم والمنکر مکابر فکانه ینکر الشمس فی السماء وبعدانکار کون الزناء عیبا من انکار البدیهیات کما لایخفی .

ثم ان بناء العقلاء علی الفسخ بالعیب فی کل المعاوضات والمعاملات منغیر فرق بین النکاح وغیره من البیع والاجاره وسایر المعاوضات المبنیه فیها علی اللزوم لولا العیب - ویرفع الید بذلک عن العمومات والاطلاقات الداله علی اللزوم اما لاجل رجوع العیب بالاخره علی خلاف ما اشترطوا علیه من الصحه والسلامه شرطا واضحا اوضمنیا اوایقاع العقد مبنیا علی الصحه والسلامه الراجع بالاخره علی الاشتراط الضمنی فالعقلاء بما هم کذلک لایرون الزاما بالوفاء علی العقد مع وجودالعیب فی موردالمعامله ولایرون ذلک خلاف مقتضی اللزوم وبعباره اخری ان اوفوا بالعقودوغیرها من العمومات ایضا وارده علی طریقه العقلاء لاشیئ ازیدفی مدلولها غیرما علیه العقلاء وهم لایلتزمون بوجوب الوفاء بمقتضی العقد فی صوره العیب خصوصا اذا کان فاحشا وای عیب افحش من الزنا .

نعم اذا کان العیب حادثا بعدالعقد فانه من مال المشتری وکذلک العیب الحادث بعدالانتقال بخلاف باب النکاح فان المراه لیست مثل سایرالاموال المنتقله بل هی شیئ مستقل براسها من دون انتقال فی البین فبعد ظهورالعیب العقلائی فی المراه کالجنون

والجذام مثلا یرون انفسهم ملتزمه بهذا الازدواج فلذا یجوزون الفسخ بالطلاق اوغیره بل عقد النکاح فی شرع الاسلام لیس من العقود اللازمه من طرف الزوج ففی کل وقت وزمان یجوز له فسخ العقد بالطلاق نعم مهما کان العقد باقیا یجب التزام الزوج بکل مایقتضیه عقد الزوجیه من الانفاق وسایر الواجبات علیه بالنسبه الی الزوجه والعقلاء لایلتزمون انفهسم بالبقاء علی الزوجیه خصوصا اذا کان العیب مما یوجب رغده العیش وعدم الالفه بینهما وان لم یکن بالغا" حد الضرر والحرج ویردون الزوجیه بالطلاق اوبالفسخ من غیر فرق بین العیوب هذا کله بالنسبه الی دیدن العقلاء فی محاوراتهم من غیر فرق بین النکاح وغیره فی هذه الازمه.

ومع ذلک کله یمکن ان یقال ان الشارع بعدجعل الطلاق وتشریعه اوجب الفرقه به لابالفسخ من دون طلاق فلا بدمن اثبات الفسخ من دون طلاق الی دلیل سدید یدل علیه وانکان مجال الخدشه فی الادله الحاصره للفسخ بامورمعینه واسعا فلابد من مراجعه الادله الخاصه فی هذا المضار.

فمن الروایات صحیحه الحلبی عن ابی عبدالله علیه السلام انه قال فی رجل یتزوج الی قوم فاذا امراته عوراء ولم یبینوا له قال لا ترد انما یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل قلت ارایت ان کان قددخل بها کیف یصنع بمهرها قال لها المهر بما استحل من فرجها ویغرم ولیها الذی انکحها مثل ما ساق الیها - فی الوسائل ورواه الکلینی عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد مثله

الا انه اسقط لفظ (انما) لکن فی الوافی عن کا الخمسه وعن ابی عبدالله علیه السلام قال سالته عن رجل تزوج الی قوم فاذا امراته عوراء ولم یبینوا له قال یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل (بیان العفل محرکه شیی مدوریخرج بالفرج قیل ولایکون فی الابکار وانما یصیب المراه بعدماتلد) ومعنی الحدیث انه لایرد النکاح من العور انتهی ـ والغرض من اشباع النقل هوکون نسخته الکافی عندصاحب الوسائل بدون لفظ (انما) فعلیه لایستفاد منها مفهوم الحصر المستفاد من کلمه (انما) وعلی فرض وجود هذه الکلمه ایضا لایبعد ان یقال ان المفهوم انما هو بالنسبه الی العوراء فکان الامام بصدد بیان عدم الرد بالنسبه الی العوراء فیکون الحصر اضافیا فلایستفاد منها حکم الفسخ بالنسبه الی العیوب الاخر البدنیه والثانیه کالزناء وغیره .

مع انه یمکن ان یقال ان الامام علیه السلام بصدد بیان ان العقلاء لایفسخون النکاح بالعور مع کثره الابتلاء به فی الازمنه السابقه لانه لایعد عیبا عرفیا فکانه (ع) جلب لرضایه الزوج بالبقاء وقال العور لیس مثل البرص والجذام والجنون والعفل حتی یقال بالفسخ ونظیر ذلک فی تزویج المراه برجل یقول انه بیع الدواب فاذا هو بایع السنانیر فقال علی علیه السلام ان السنور دواب فمن المعلوم ان هذا نوع من الاسترضاء للعقد لا ان لایکون له فسخ فکذا المقام والله العالم .

اضف الی ذلک انه لوکان بصدد الحصر بالنسبه الی العیوب الاربعه

المذکوره فی الروایه فلا بد من رفع الید عنه بقرینه جواز الفسخ فی الزمانه الظاهره بل الباطنه اذا شهدت علیها النساء کما فی صحیح داودبن سرحان عن ابی عبدالله فی الرجل یتزوج المراه فیوتی بها عمیاء او برصاء اوعرجاء قال تردعلی ولیها ویکون لها المهر علی ولیها وان کان بها زمانه لایراها الرجال اجیزشهاده النساء علیها .

وان کان المرادمن الزمانه هوالعاهه کما فی المنجدوغیره فهو یشمل کل عیب وتقسیمه الی الزمانه الظاهره والباطنه فی الروایه شاهده علی ذلک .

فیدور الامر بین تخصیص مفهوم الحصر او الحمل علی الکراهه فی غیر الاربعه وکیف کان فلا بدمن رفع الید عن مفهوم الحصر وقوله علیه السلام فی روایه رفاعه بن موسی کما یجئی (واما ما سوی ذلک فلا) بعدذکراربعه اشیاء قال المراه تردمن اربعه اشیاء من البرص والجذام والجنون والقرن وهوالعفل مالم یقع علیها فاذاوقع علیها فلا ـ وتفسیرالقرن بالعفل من الرواه ولابد من الاحتمال ـ فرفع الید عن ظهورالروایتین فی الحصر امابا ضافه الاموالاخر او عدم الفسخ فی غیرهذه الامور کما فی العور وغیره علی الکراهه لا یبعد . کما اعترف به الشیخ فی التهذیب والاستبصار الا ان فی التهذیب فی غیر الاربعه وفی الاستبصار فی غیرالخمسه فراجع والاختلاف ایضا یوجب الوهن فی مفهوم الحصر .

ومن الروایات صحیح رفاعه بن موسی قال سالت اباعبدالله علیه

السلام عن المحدود والمحدوده هل تردمن النكاح قال لاقال رفاعه وسالته عن البرصاء فقال قضی امیرالموء منین علیه السلام فی امراه زوجها ولیها وهی برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر علی الذی زوجها وانما صارالمهر علیه لانه دلسها ولوان رجلا تزوج امراه وزوجها رجل لایعرف دخیله امرها لم یکن علیه شیی وکان المهر یاخذه منها.

ویحتمل ان یکون صدرالروایه بصدد بیان عدم وجوب الردکما یقول به الحسن البصری واتباعه بمقتضی الایه الداله بظاهرها علیه بقوله (وحرم ذلک علی الموء منین) والمعنی انه هل یجب الرد فی المحدوده فاجاب الامام عن عدم وجوب الرد فلایکون هذه الروایه صریحه فی ردالمفیدوغیره من الاصحاب القائلین بالفسخ فیها فقول المفیدومن تبعه فی ذلک لیس مخالفا للروایه کمایترای ممن تعرض له واوردالروایه علی ردقوله.

واما ذیل الروایه فیمکن ان یکون السئوال فی مجلس اخروانضم البعض الی بعض فی کتاب رفاعه واطه فانه کان من اصحاب الصادق وابی الحسن علیهما السلام ولم یکن سائلا عن الامام مره واحده بل مرات عدیده کما یشهد لذلک حدیثه عنهما فی الابواب المتفرقه الفقهیه فلم یثبت سئواله عن الرد وعدمه بالنسبه الی البرصاء والمحدوده فی مجلس واحد حتی یکون الردفی البرصاء قرینه علی معنی عدم الرد فی المحدوده حتی یکون فی النتیجه علی خلاف قول المفید واتباعه کما لایخفی واما قوله عن المحدودوالمحدوده فیمکن ان یکون

اضافه المحدود من بعض النساخ فلذا انت تری لیس فی الروایه جواب عن حکم المحدود اصلا ویشهد بعدم وجوده فی الروایه بل فی النسخ القدیمه ما رواه فی المستدرک عن احمد بن محمد بن عیسی عن فضاله عن رفاعه بن موسی قال سالته علیه السلام عن المحدوده وقال لایفرق بینهما الخبر - فهو ایضا شاهد صدق بعدم کون کلمه (المحدود) فی السئوال حتی یقال ان شبهته السائل لم یکن بالنسبه الی وجوب الرد وعدمه بل بجواز الفسخ وعدمه فافهم .

ومن الروایات صحیح عبدالرحمن بن الحجاج قال سالت ابا عبدالله علیه السلام عن رجل تزوج امراه فعلم بعدما تزوجها انها قدکانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء ترکها قال وترد المراه من العفل والبرص والجذام والجنون فاما ماسوی ذلک فلا - قال فی الوافی جواز اخذ الصداق من الولی لایستلزم جواز الرد کذا فی التهذیبین انتهی .

والخدشه فی هذه الروایه ایضا مثل سابقها من جهته عدم العلم بصدور الذیل مع الصدر فی مجلس واحد ومجرد الاحتمال یوجب سقوط الاستدلال بها فلایمکن استفاده الحصر بالنسبه الی الزناء مضافا" الی احتمال ان یکون عدم الفسخ بالنسبه الی العیوب البدنیه الاخری مع وجوب رفع الید عن الحصر علی ای حال ویمکن ان یکون الحصر بالنسبه الی العوراء وغیره فیکون الاستدلال بعدم الفسخ فی الزناء بها غیر تام اذ علیه یکون الروایه بصدد امر آخر والحصر الاضافی لا الحقیقی .

اضف الی ذلک ان قوله ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها انما هو فی صوره الفسخ اذ مع عدم الفسخ لایمکن الرجوع الی الصداق ضروره اقتضاء عدم الفسخ رضاه بالبضع الذی هو بدل عوضه نعم لو فسخ العقد والفرض ان الامراه قد غرمته بما استحل من فرجها الصداق کان له الرجوع به علی من غره لا انه یرجع به علیه مع عدم الفسخ فیکون ح قد جمع بین العوض والمعوض ومقیما علی الانتفاع بالبضع بلاعوض کما فی الجواهر - فالمراد من قوله (ترکها) اما امساک المرأة وعدم التعرض لها اصلا او اعم من ترک التعرض بالفسخ والرجوع بالصداق کما لایبعد - فیکون قوله اخذ الصداق ممن زوجها کنایه عن الفسخ لکنه عبر عن فراقها بلازمه الذی هو استرجاع المهر ممن زوجها .

ومن الروایات الداله ایضا علی الفسخ صحیحه الحلبی عن ابی عبداله قال سالته عن المراه تلد من الزناء ولایعلم بذلک احد الاولیها ایصلح له ان یزوجها ویسکت عن ذلک اذا کان قد رای منها توبه اومعروفا فقال ان لم یذکر ذلک لزوجها ثم علم بعد ذلک فشاء ان یاخذ صداقها من ولیها بما دلس علیه کان ذلک علی ولیها وکان الصداق الذی اخذت لها لاسبیل علیها فیه بما استحل من فرجها وان شاء زوجها ان یمسکها فلاباس .

ومورد الروایه وان کان اعم من المحدوده الا ان التقریب علی الفسخ نظیر ماتقدم فی روایه البصری فکان اخذ الصداق کنایه عن الفسخ والرجوع علی الولی العرفی ولم یثبت اعراض فی البین حتی یوجب طرح الروایه .

ثم انه مما یدل علی الفسخ فی صوره الزناء بعد العقد وقبل الدخول صحیح الفضل بن یونس قال سالت ابا الحسن(ع) موسی بن جعفر عن رجل تزوج امراه فلم یدخل بها فزنت قال یفرق بینهما وتحد الحد ولا صداق لها لان الحدث جاء من قبلها.

وصحیح اسماعیل بن ابی زیاد السکونی عن جعفر بن محمد عن ابیه قال قال علی فی المراه اذا زنت قبل ان یدخل بها زوجها یفرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث کان من قبلها.

والظاهر منها ان الفراق بالفسخ لا الطلاق فان التعبیر به غیر التعبیر عن الفراق بالطلاق اذ من المعلوم ان الطلاق قبل الدخول منصف للمهر والتعلیل ینافیه وتخصیص الایه بهما بعد امکان حملها بل ظهورهما فی الفسخ بعید فی الغایه.

ومستند الصدوق فی المقنع بقوله واذا زنت المراه قبل دخول الرجل بها فرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث من قبلها هو هذین الخبرین فالعمل به متعین لا لاعراض عنه ـ ومجرد عدم القول به غیر القول بعدمه والاعراض انما یثبت بالثانی دون الاول.

وبالحمله القول بالفسخ فی صوره الکشف عن الزناء السابق وفی صوره الزناء قبل الدخول مطابق للقاعده بل فی صوره کون الزناء قبل العقد تدلیس کما یصرح به صحیح الحلبی المتقدم فالقول بجواز الفسخ فی صوره المدلس ایضا مطابق للقاعده والروایات المخالفه تحمل علی صوره غیر المدلس. الا ان یدل اجماع اونص صریح علی خلافه.

نعم اذا قلنا بلزوم عقد النکاح حتی من قبل الزوج ایضا واکتفینا

فی الخروج عن مقتضی العقد اللازم الی مواردخاصه والمسلمه وهی فی العیوب الخاصه فلا یرفع الید عن مقتضی اللزوم الا بالقدر المعلوم .

واما القول بشذود مضمون الاخبار اما من جهته عدم ثبوت القول بالرجوع بالمهر علی الولی مع الفسخ حتی من الصدوق وابی علی فان الظاهر منهما عدم الصداق لها لا الفسخ والرجوع علی المهر معه واما من جهته اقتصار الشیخ وغیره علی الرجوع بالمهر من غیر فسخ فلا قول بالفسخ مع الرجوع الی المهر من احد من الاصحاب فعلی فرض دلاله الروایات علیهما معا یکون مضمونها شاذا لایعمل به لعدم الافتاء بمضمونه وبذلک یعلم قصورها عن معارضه قاعده اللزوم واستصحابه خصوصا فی النکاح .

فانه یردعلیه ان الظاهر من الصدوق وابی علی هو القول بمضمون الاخبار وان الظاهر من التفریق بینهما هو الفسخ دون الانفساخ کما نقل عن الحسن البصری ثم الرجوع الی المهر وقدتقدم منا ان الرجوع فی صوره الفسخ لامطلقا - واما اقتصار الشیخ علی الرجوع علی المهر من غیر فسخ کما صرح به فی التهذبین من ان جواز اخذ الصداق من الولی لایستلزم جواز الرد - فهو قدافتی بمضمون الخبر من جهته الرجوع علی المهر واما عدم الفسخ منه بالنظر الی مقتضی القاعده وهو اللزوم عنده فالدغدغه من الشیخ واتباعه من جهته رفع الید عن مقتضی القاعده والا فقد عرفت رفع الیدعن مقتضاه من المفید واتباعه القائلین بالفسخ فی المحدوده وان کان موردفتواهم

هو الاخص من مورد الکلام وهو مطلق الزنا الا ان الظاهر عدم مستند لهم غیر هذه الاخبار الا انهم قالوا فیها بالفسخ من جهة العار وغیره الذی هو فی المحدوده اشد ولم یرفعوا الید عن مقتضی القاعدة الا فی المحدوده مع عدم المستند لهم فیها الا هذه الروایات فهم قد عملوا بهذه الروایات لان الاعراض عنها ثابت کما لایخفی .

ولم ار من صرح بعدم لزوم العقد من طرف الزوج الا انه مقتضی القواعد فان له ان یفسخ علقه الزوجیه فی کل مکان وزمان بالتوسل الی الطلاق فعقد النکاح غیر لازم من طرف الزوج فی شرع الاسلام ومن الاسف جعل بعض القوانین المدنیه فی مجلس النواب والشیوخ بایران فی هذه الازمنه الاخیره وسلب بذلک اختیار الطلاق من ید من اخذ بالساق وهذه المجالس ، الدستوریه من الزعماء المتامرین التابعین للاستعمار الحدیث والجدید التابع للامپریالیته العالمیه والصهیونیه فی الشرق الاوسط وغیرها ولیس غرضهم من جعل تلک القوانین الاثیمه الا ایجاد العداوه والشحناء والافتراق بین صفوف المسلمین وجعلهم حیاری وسکاری ومبددین ومتشتتین ان هذا الاختلاق ورغده العیش والافتراق وجمیع هذه القوانین بعنوان (حمایه خانواده) وغیرها من دستورات الصهیونیه العالمیه فی ایران وغیرها لاجل توهین القوانین الاسلامیه وتربیه نفوس المسلمین کالاروبین والغربیین الذین لایعتقدون بشیی من الدیانات السماویه ویرون عیشهم وحریتهم فی حریه المراه مطلقا من دون تقیدمنها بزوج خاص ومن المعلوم ان حریه المراه فی الاسلام شیی فوق ما

یقصدون منها وانهم اخذوا عنوان حریه المراه لاجل التوصل الی شهواتهم واعمال اغراضهم السیئه .

واعترض علی جعل هذه القوانین فی پارلمان ایران کثیر من العلماء بل جل علماء الاسلام فی زماننا هذا کایته الله الخمینی المجاهد وایه الله الگلپایگانی والایه المیلانی والایه السید الکاظم الشریعتمداری والایه السید محسن حکیم والایه السید المرعشی النجفی والایه السید محمود الشاهرودی والایه السید ابوالقاسم الخوئی وآلایه السید احمد الخوانساری وغیرهم من العلماء المبرزین والشامخین واعلنوا جهارا" وغیر مره بکون القوانین المصوبه علی خلاف مذاق الاسلام وخلاف سنه النبی الاکرم والائمه علیهم السلام - حتی کثر الشحناء والغوغاء فی ذلک وانجر الی الامور الغیر الانسانیه من تبعید العلماء وقتل بعض المسلمین وتسبحین اخرین فی السجون الغیر الانسانیه ویا للاسف من هذه الدسائس والسیاسات فی هذه الایام الف حیف واسف وجمیع هذه الفتن فی ایران وفی جمله من البلاد العربیه والشرق الاوسط لاجل حفظ منافع الاستعمار والصهاینه المطردین والمشردین لاجل الاعمال الشنیعه فی الحرب العالمیه الثانیه حتی اخذوا فلسطین العزیزه وطن المسلمین من ایدیهم واتخذوه وطنا لهم وحولها ملایین من المخرجین واللاجئین والمخیمین وحیاری وغیرهم ممن لاقدره لهم علی الدفاع من وطنه فی مقابل سیطره الامریکان وعملائهم فی الشرق الاوسط والاقصی بل الادنی بل لاجل منافع الاروبیین المستعمرین والامریکیین الذین اخذوا جمیع بلاد المسلمین وبترولهم

جهته ومصلحه لرفاههم فما دام المسلمون وخصوصا روء ساء ئهم وملوکهم فی نوم الغفله تکون القضیه بهذا المنوال الی ان ینتهبوا من نومه الغافلین حتی یطهروا بلادهم من وجود الصهاینه وقوا نبینهم والاروبیین والامریکین والشیوعیین وعملائهم الخونه فی البلاد الاسلامیه.

***

(فی التعریض بالخطبه)

لایجوز التعریض بالخطبه لذات العده الرجعیه لانها زوجه ویجوز للمطلقه ثلاثا من الزوج وغیره ولایجوز التصریح لها منه ولامن غیره التعریض بالعقد تاره لذات البعل واخری للمعتده رجعیه والظاهر هو الاتفاق علی الحرمه کما فی الروضه فی الصوره الاولی ولما فیه من الفساد وفی الثانیه ایضا لانها بحکم الزوجه والمراد بالتعریض الایتان بلفظ یحتمل الرغبه فی النکاح وغیره مع ظهور ارادتها مثل رب راغب فیک وحریص علیک او انی راغب فیک او انت علی کریمه اوعزیزه او ان الله لسائق الیک خیرا " اورزقا فمع حرمه التعریض فالتصریح اولی کذا قیل - وفی الحدائق واما تحریم التعریض لذات العده الرجعیه فلما ذکروه من انها زوجه فیتعلق بها ما یتعلق بالزوجه ومن ذلک تحریم خطبتها تعریضا اوتصریحا بواسطه وغیرها من غیرخلاف یعرف انتهی .

وفی الجواهر لایجوز التعریض فضلا عن التصریح اجماعا محکیا من غیر واحد ان لم یکن محصلا وهو الحجه .

وفی الریاض عدم الجواز لذات البعل اجماعی کما فی الروضه ولما فیه من الفساد ولذات العده الرجعیه اجماعا فی الظاهر لانها فی حکم الزوجه الامن الزوج خاصه فیجوز له التعریض کالتصریح انتهی .

قال فی الخلاف مسئله ۹۶ اذا صرح بالتزویج للمعتده ثم تزوجها بعد خروجها من العده لم یبطل النکاح وان فعل محظورا بذلک التصریح

وبه قال الشافعی وابوحنیفه وقال مالک متی صرح ثم تزوج فسخت النکاح بینهما دلیلنا ان فسخ النکاح یحتاج الی دلیل الخ انتهی .

وفی التذکره بعد ذکر کون الخاطب زوجا او اجنبیا قال فالمراة اما خلیه عن النکاح والعده فیجوز خطبتها تعریضا وتصریحا واما ذات البعل فیحرم خطبتها علی غیر الزوج تعریضا اوتصریحا واما ذات العده فان کانت عدتها رجعیه حرم خطبتها علی غیر الزوج تعریضا وتصریحا لانها فی الحقیقه زوجه واما المطلقه ثلثا فیجوز التعریض لها من الزوج وغیره ولایجوز التصریح لها من الزوج ولامن غیره واما المطلقه تسعا لعده ینکحها بینهما رجلان وما اشبهها من المحرمات علی التابید کالملاعنه فلایجوز لها التعریض من الزوج ولا یجوز التصریح فی العده من الزوج ولامن غیره .

واما المعتده عده البائنه کالمختلعه والمفسوخ نکاحها فیجوز التعریض من الزوج وغیره والتصریح من الزوج دون غیره والمتوفی عنها زوجها یجوز التعریض لها لقوله تعالی ولاجناح علیکم فیما عرضتم ولایجوز التصریح لدلاله مفهوم الایه علیه ولانه اذا صرحت بخطبتها تحققت رغبه فیها وربما کذبت فی انقضاء العده ولغلبه الشهوه واذا عرض لم یتحقق الشهوه وللشافعیه وجه فی ان المتوفی عنها زوجها ان کانت تعتد بالحمل لم تخطب خوفا من ان تتکلف القاء ولدها وللشافعی فی التعریض بالخطبه للبائنه قولان اصحهما الجواز لانقطاع سلطنه الزوج علیها وحصول البینونه والثانی المنع لان لصاحب العده ان ینکحها فاشبهت الرجعیه والمفسوخ نکاحها بسبب

من الاسباب المقتضیه للفسخ کالبائنه والتی لاتحل لمن منه العده کالمطلقه ثلثا والمفارقه باللعان والرضاع کالمعتده عن الوفات ومنهم من جعلها علی الخلاف فی البائنه انتهی .

لایخفی ان العمده فی هذه الاحکام ماحکوه من الاجماع الذی به یتم اراده خصوص التعریض وقد استفادوا بعض الاحکام من الایه فلابد من المراجعه الیها والی مقدار دلالتها وهو المتبع ان لم یکن اجماع علی الخلاف ـ قال الله تعالی فی سوره البقره آیه ۲۳۴ ولاجناح علیکم فیما عرضتم به من خطبه النساء اواکننتم فی انفسکم علم الله انکم ستذکرونهن ولکن لاتواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ـ ولا تعزموا عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله واعلموا ان الله یعلم مافی انفسکم فاحذروه واعلموا ان الله غفورحلیم .

والظاهر من الایه بقرینه ماتقدم قبلها من ذکر عده النساء وجواز الرجعه فیها للازواج عدم الاختصاص بالمتوفی عنها زوجها فیعم البائنه بل المعتده رجعیه الا ان یکون اجماع علی خلافه .

ورفع الجناح فی التعریض فی مقابل المواعده سرا المراد منه اما الجماع او الامر الذی یجر الیه بالاخره والایستفاد منها حکم التعریض فی مقابل التصریح اوالمراد منها ولو بمعونه الاخبار الاتیه نفی الجناح عن التعریض بالخطبته بمالم یستهجن ویعد من الفحش والمنافی للحیاء ونحو ذلک وان کان تصریح فی اللفظ مثل قول النبی (ص) لفاطمه بنت قیس اذا حللت فاذنینی ولاتفوتینا ومن المعلوم ان فیه تصریح فی النکاح ـ وکما فی قول الصادق(ع) فی

تفسیر القول المعروف ان تلقاها فتقول انی فیک لراغب وانی للنساء لمکرم فلاتسبقینی بنفسک ـ فان فیه ایضا تصریح بالنکاح.

والقول المعروف اعم من ان یکون دعوتهن الی النکاح بالتعریض او التصریح اولا وقد یقال ان التعریض فی مقابل التصریح اصطلاح الادباء لا اصطلاح الشرع والقرآن فلا یستفاد منه حکم التصریح فی مقابل التلویح اصلا الا ان یقال ان التعریض فضلا عن التصریح بالنسبه الی المطلقه الرجعیه فضلا عن ذات البعل مما لم یقل بجوازه احد من الاصحاب وان کان للخدشه فی دلیلهم مجال واسع اذ التعریض او التصریح بالنکاح بعد العده او بعد الفراق من الزوج لایوجب مفسده فی حد ذاته وان کان فی بعض الاحیان یوجب البغضاء والشحناء والعداوه واثاره الفساد غالبا والکلام فی ما اذا لم یوجب الامور المذکوره فالعمده فی المقام المراجعه الی الاحادیث الوارده فی المقام کی یتضح الحال ویرتفع الابهام ـ ومن الاخبار.

صحیحه ـ عبدالله بن سنان قال سالت اباعبدالله عن قول الله عزوجل ولکن لاتواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولاتعزموا عقدالنکاح حتی یبلغ الکتاب اجله قال السر ان یقول الرجل موعدک بیت ال فلان ثم یطلب الیها ان لاتسبقه بنفسها اذا انقضت عدتها قلت فقوله الا ان تقولوا قولا معروفا قال هو طلب الحلال من غیر ان یعزم عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله.

وصحیحه الحلبی عنه علیه السلام قال سالته عن قول الله عزوجل ولکن لاتواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا قال هو الرجل یقول

للمراه قبل ان تنقضی عدتها او اعدک بیت فلان لیعرض لها بالخطبه ویعنی بقوله الا ان تقولوا قولا معروفا التعریض بالخطبه ولا یعزم عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله والظاهر منها ان طلب الرجل الیها ان لاتسبقه بنفسها بعدخروج العده هوالتعریض بالخطبه وهو تصریح بالنکاح بعدالعده والقول المعروف ایضا هوالتعریض بالخطبته وهوتصریح بالنکاح بعدالعده والقول المعروف ایضا هو التعریض بالخطبه فی مقابل القبائح والفحشاء والجماع والتعریض به والمواعده فی السر هوالمواعده والملاقاه فی بیت الخلوه الذی ربما یجرالی الجماع اوارتکاب المحرم کما لایخفی کما یدل علیه قوله علیه السلام فی صحیحه عبدالرحمن بن ابی عبدالله عن ابی عبدالله فی قول الله عزوجل الا ان تقولوا قولا معروفا قال یلقیها فیقول انی فیک لراغب وانی للنساء لمکرم ولاتسبقینی بنفسک والسر لایخلوا معها حیث وعدها - فیستفاد من جمیع ذلک بمقتضی الروایات وبمعونتها ان الایه بصدد الارشاد الی مالایمکن الاجتناب عنه غالبا فان المواعده سرا اذا کان المراد منه الجماع حتی یکون مفعولا به او فی الخلوه اذا کان ظرفا غالبا یجرالی ارتکاب المحرم والا فصرف المواعده مع عدم جره الی الجماع لاحرمه فیه لعدم حرمه مقدمه الحرام الا ان یدل اجماع علیه بالخصوص .

فالایه فالله العالم بصدد بیان الحکم الاخلاقی عن الاجتناب عن القبیح الذی یوجب ارتکاب الحرام فی بعض الاحیان خصوصا فی الامور الراجعه الی الشهوه فی النساء وبذلک یمکن ان یقال ان التاکید

فی الایه بالنهی عن المواعده سرا تاره ثم تجویز القول المعروف ثم النهی عن عزم عقده النکاح اخری ثم تعقبه بقوله تعالی فاحذروه مما یورث القول بالحرمه لاجل سد باب المخالطه مع النساء والامتزاج معهن والمواعده التی یوجب ارتکاب الحرام فی کثیر من الموارد فالقران الکریم ینهی عن مواعدتهن لاجل کونها یوجب ارتکاب الحرام فالمواعده حرام مطلقا تغلیبا " لجانب الحرمه وان لم ینجر الی الجماع والفساد والحرام من النظر والتقبیل الحرام کما لایخفی فالمواعده سرا حرام مطلقا .

ویوید ذلک کله ما فی تفسیر العیاشی عن ابی بصیر عن ابی عبدالله فی قول الله عزوجل ولاتواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولامعروفا قال المراه فی عدتها تقول لها قولا جمیلا ترغبها فی نفسک ولاتقول انی اصنع کذا او اصنع کذا القبیح من الامر فی البضع وکل امر قبیح - ومن المعلوم ان القول القبیح فی البضع وغیره یوجب الفساد غالبا " ویوجب اخراج المراه عن الطریق المستقیم ویوردها فی الهلکات والمهلکات ومن جملتها المراوده والمعاشقه والمسابقه والاختلاط المطلق بین النساء والرجال فی المدارس والمیادین والسینما والتاتر والکازینو والادارات التی توجب فی کل یوم فسادا وحراما هذه ظلمات بعضها فوق بعض فیالله من الدسائس العجیبه بین المسلمین بیدالاروبین والامریکیین فی زماننا الذین لایوجبون لعفه المراه وقعا ولاقیمه ولاثمنا " بل ویرون عدم الاختلاط عیبا وعارا ومن المعلوم هذه من شرور اخرالزمان اللهم اعصم الاسلام والمسلمین من

یدالاجانب ونبههم عن نومه الغافلین برحمتک یاارحم الراجمین .

ومن جمله الروایات خبر علی بن ابی حمزه قال سالت ابا الحسن عن قول الله عزوجل ولکن لاتواعدوهن سرا قال یقول الرجل اواعدک بیت آل فلان یعرض لها بالرفث ویرفث یقول الله عزوجل الا ان تقولوا قولا معروفا القول المعروف التعریض بالخطبه علی وجهها وحلها ولاتعزموا عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله والظاهر منها ایضا النهی عن المواعده لاجل جره الی الرفث کما فی المستدرک عن تفسیر العیاشی فی روایه ابی بصیر عن الصادق(ع) لاتواعدوهن سرا قال هوالرجل یقول للمراه قبل ان تنقضی عدتها، اواعدک بیت فلان لترفث ویرفث معها .

وفی دعائم الاسلام عن جعفر بن محمدعلیهالسلام انه قال فی قول الله ولاجناح علیکم فیما عرضتم به من خطبته النساء الی قوله الا ان تقولوا قولامعروفا وقال لاینبغی للرجل ان یخطب المراه فی عدتها والتعریض الذی اباحه الله عزوجل ان یعرض بکلام خیر حتی تعلم المراه مراده ولا یخطبها حتی یبلغ الکتاب اجله قال وقددخل ابوجعفر محمدبن علی (ع) علیهاالسلام علی سکینه بنت حنظله وقدمات عنها ابن عم لها کان تزوجها فسلم علیها وقال کیف انت یا بنت حنظله قالت بخیر جعلت فداک یاابن رسول الله قال انک قدعلمت قرابتی من رسول الله (ص) ومن علی (ع) ومن حقی فی الاسلام وبیتی فی العرب قالت غفر الله لک یا ابا جعفر تخطبنی فی عدتی قال مافعلت انما اخبرتک بمنزلتی ومکانی وقددخل رسول الله (ص) علی ام سلمه ابنته ابی امیه بن المغیره المخزومیته وقدتائیمت من ابی سلمه وهو ابن

عمها وهی فی عدتها فلم یزل رسول الله (ص) یذکر لها منزلته ومکانه عندالله تعالی حتی اثرالحصیر فی کفه من شده ماکان یعتمدعلی یده فماکانت تلک خطبته .

ومن الواضح ان ذکرالمنزله لیس خطبته لغته وعرفا الاانه فی بعض الاحیان کما فی المورد تعریض علی الخطبته ویمکن ان یکون مراد الامام ایضا من الانکارهوالتصریح اما التعرض فلا جناح فی ذلک کما فعله النبی (ص) بام سلمه .

وقد تقدم مناعدم الاشکال فی التصریح فضلا عن التعریض بمعونه الروایات لکن فی مجمع البیان بعدنقل الاقوال فی السرمن الدعوه بمالایحل ومن الزناومن العهد علی الامتناع من تزویج الغیر ومن القول لهاانی ناکحک فلا تفوتینی نفسک ومن القول بان السر هو الجماع ثم قال ویجمع هذه الاقوال ماروی عن الصادق (ع) انه قال لاتصرحوالهن بالنکاح والتزویج قال ومن السران یقول لهاموعدک بیت فلان انتهی .

ویردعلیه ان قول الامام علیه السلام انماهوالنهی عن التصریح بالنکاح والتزویج فلا یستفادمنه حکم الزنا والدعوه بمالایحل فضلا عن حکم العهد علی الامتناع من تزویج الغیر لعدم الارتباط بینه وبین التصریح بالنکاح وکذالایشمل قول الامام للجماع کمالایخفی مضافا الی کون الروایه مرسله ومخالفتهاالظاهر غیرها من الروایات ویحتمل ان یکون نقل مضمون الروایه بالاجتهاد فی المضمون وقدیترای من جمله من المفسرین تفسیرالسربالجماع کما

قدعرفت عن مجمع البيان وفي الدرالمنثور اخرج ابن جرير عن ابن عباس في قوله ولكن لاتواعدوهن سرا قال الزنا كان الرجل يدخل من اجل الزنا وهو يعرض بالنكاح واخرج الطستي في مسائله عن ابن عباس ان نافع بن الازرق ساله عن قوله لاتواعدوهن سرا قال السر الجماع قال وهل تعرف العرب ذلک قال نعم اما سمعت قول امرؤ القيس الازعمت بسباسته اليوم انني ـ كبرت وان لايحسن السرا مثالي .

واخرج البيهقي عن مقاتل ابن حيان قال بلغنا ان معنى لا تواعدوهن سرا الرفث من الكلام اي لايواجهها الرجل في تعريض الجماع من نفسه .

ولا ايرادعلى ابن عباس وغيره من تفسيرالسرتاره بالزنا واخرى بالجماع فان التفسير بالزناء باعتبارالموردوان الجماع في العده لاينفک غالبا عن الزنا .

وقال الاعشى ولاتنكحن جارتا " ان سرها ـ عليک حرام فانكحن او تابدا ـ ويمكن ان يكون المرادمن السرفي شعرالاعشى هو الفرج لا الجماع .

***

الرابعه اذا خطب فاجابت قيل حرم على غيره خطبتها ولوتزوج ذلک الغير كان صحيحا " والقائل بالحرمه الشيخ في بعض كتبه لقوله (ص) لايخطب احدكم على خطبه اخيه وهومع عدم صحه السندلايستفاد منه ازيد من الكراهه نعم لوكان دليل في البين لقلنا به وان كان الخاطب الثاني ذومزيه ورجحان على الاول والكلام تاره بالنسبه الى اجابه المراه واخرى بالنسبه الى حرمه الخطبه من الغيروالظاهر من

الخبر کون النزاع فی الثانی وظاهر عباره المتن کونه کذلک واستدلالهم بحرمه الدخول فی السوم راجع الی الثانی فمع فرض عدم لزوم اجابه الاول فلا یبقی مجال لحرمه اجابه الثانی من قبل المراه واما مع اجابه الثانی فلا اشکال فی الصحه وعلی فرض الاثم یکون العقد صحیحا لعدم النهی عن العقد.

***

(الخامسه) اذا تزوجت المطلقه ثلاثا ولو شرطت فی العقد انه اذا حللها فلانکاح بینهما بطل العقد فان شرط عدم النکاح بعد حصول الوطی فی القبل مره واحده یحکم بفساده تاره من جهته کون مثل هذا الشرط علی خلاف مقتضی العقد کما فی الاجاره بلا اجره والبیع بلا ثمن فانهما علی خلاف مقتضی العقد ومن المعلوم ان النکاح بشرط عدم النکاح بعد التحلل لیس علی خلاف مقتضی العقد بل النکاح بشرط عدم الزوجیه علی خلاف مقتضی العقد فشرط عدم النکاح علی نحو النتیجه لاینافی مقتضی العقد.

الا انه یمکن ان یقال انه لیس من مصادیق العقد الدائم ولو قلنا بعدم لزوم قصد الدوام فی صحه العقد ولا من مصادیق العقد المنقطع من جهته عدم ضبط المده فیه فیحکم بالبطلان من جهته عدم ضبط المده والجهاله فیها کما فی الاجاره فی المده المجهوله.

وربما قیل یلغو الشرط والقائل الشیخ علی ما قیل بل فی المسالک هو با بن ادریس انسب من جهته تصریحه فی غیر موضع بعدم بطلان العقد ببطلان الشرط لشمول الادله وعدم بطلان احدهما

ببطلان الاخر بعدکون مدلول الشرط غیرالعقد ویردعلیه انه مع قصدالنکاح الدائم یمکن القول بصحه العقد وبطلان الشرط کمافی غیره من المواضع فی العقود لکن قدعرفت ان هذاالشرط یمنع عن قصد مدلول النکاح الدائم بل القصد فی الحقیقه الی النکاح الی امد مجهول لایعلم ذلک الامدوالمده الابالوطی وذلک العقدفی حد ذاته فیه الغرر والجهاله مع منافاه ذلک الشرط من النکاح الدائم - ومن المعلوم بطلان ذلک العقد وعدم حلیه الزوجه بذلک الوطی علی الزوج الاول .

****

ولوشرطت الطلاق قیل یصح النکاح ویبطل الشرط وان دخل فلها مهرالمثل ونسب ذلک الی الشیخ فی ط والخلاف وفی المسالک ان بطلان الشرط متفق علیه وان کان امره هنا اسهل من حیث ان الطلاق امر شرعی بخلاف انفساخ النکاح وانتهائه لنفسه والاقوی بطلانها کالسابق انتهی .

والظاهر ان بطلان الشرط کمااعترف به الشهید ممااتفق علیه الاصحاب وعدم معهودیه ذلک بین المسلمین من اشتراط الطلاق فی النکاح اوغیره من المعاملات فیحکم ببطلان الشرط فی کل مکان من غیر فرق بین باب النکاح وغیره واما بطلان العقد فهومبنی علی ان بطلان الشرط هل یوجب بطلان المشروط ام لاوالحق عدم بطلان العقد فان شرط الطلاق لاینافی قصددوام العقد بل المنقطع ایضا .

ولقد صرح ببطلان العقد فی جامع المقاصد والمسالک وانه مسئله

اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد- ویمکن ان یقال بالفرق بین کون المشترط هوالزوجه اوالاجنبی وعدم معهودیه ذلک بالنسبه الی الاجنبی لابالنسبه الی الزوجه فمع عدم العمل بالشرط یمکن ان یلزمه الحاکم بالشرط اوباذن الزوجه فی الشرط لعموم الوفاء بالشرط - کما تقدم مثل ذلک فی اشتراط الوکاله عن الزوج فی الطلاق فی ضمن العقد اللازم - کما انه یمکن ان یقال انه مع عدم العمل بالشرط یقسط للشرط قسط من المهر فیوجب الزیاده فی بعض الاحیان والنقصان فی الاخر- لانها انما رضیت به لاجل الشرط فاذا سقط زید علی المسمی مقدار ما نقص لاجله والمعین هوالعرف .

(فی اشتراط الطلاق من الزوجه)

واما بناء علی القول ببطلان العقد ببطلان الشرط فیرجع علی مهر المثل فی جهلها بالتحریم والافلا مهر لبغی کما لایخفی کما انه لایبعدالقول بتسلطها علی الخیار فی العقد من جهته تخلف الشرط والاجماع علی عدم جوازاشتراط الخیار فی عقدالنکاح لایمنع ولا ینافی عن الخیار فیه من جهته تخلف الشرط ولذا حکموا بثبوت الخیار مع اشتراط البکاره وغیرها کما تقدم منا مفصلا فی موضعه .

(مع عدم التصریح بالشرط فی العقد)

واما لولم یصرح بالشرط فی العقد وکان ذلک فی نیته اونیه الزوجه اوالولی لم یفسد قال فی المسالک هذا الحکم موضع وفاق وهو الدلیل مضافا الی عموم الامربالوفاء بالعقود حیث لم یثبت المخصص ونیه الطلاق من حین العقد لم یثبت کونها مانعه من الصحه

المخصص ونيه الطلاق من حين العقد لم يثبت كونها مانعه من الصحه وانما المانع اشتراطه فی ضمن العقد انتهی .

فاسم الاشاره راجع الی الاشتراط علی مافهمه الشهيد ـ لا علی الطلاق وارتفاع النكاح كما توهم وعلی ای تقدير لو كان الاشتراط علی وجه اوقعا العقد عليه وان لم يذكراه فی متنه فهو فی حكم الاشتراط الصريح بخلاف نيته الاشتراط مع عدم بناء العقد عليه ـ ونيته التحلل والطلاق مثل ارتفاع النكاح بالكفر والارتداد والقذف .

****

وكل موضع قيل يصح العقد فمع الدخول تحل للمطلق مع الفرقه وانقضاء العده وكل موضع قيل يفسدلايحل له لانه لايكفی الوطی مالم يكن عن عقدصحيح فان التحلل يتوقف علی الشرطين العقد الصحيح والدخول فمع تحققهما يحصل التحلل ومع تخلف احدهما لايحصل وان الوطی عن شبهته توقف التحلل علی الوطی بالعقد الصحيح فمع القول ببطلان الشرط دون العقد يحصل التحلل وكذلك القول بالصحه فيهما واما علی البطلان فيهما فلايحصل التحلل .

***

السادسه نكاح الشغار باطل وهو ان تزوج امراتان برجلين علی ان يكون مهر كل واحده منهما نكاح الاخری قال فی الصحاح الشغار بكسر الشين نكاح كان فی الجاهليه وهو ان يقول الرجل للاخر زوجنی ابنتك او اختك علی ان ازوجك اختی او بنتی علی ان صداق كل واحد

منهما بضع الاخر فكانهما رفعا المهرواخلى البضع عنه وفي الحديث الشغار في الاسلام ـ وفي المسالك معناه ان يجعل بضع امراته مهر الاخرى واصل الشغر الرفع يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول انتهى ويمكن ان يكون الشغار بمعنى النقص كما في قولهم شغر السعراي نقص كانهم بذلك النكاح ينقصون المراه عن موضعها الاصليه ويحطون منزلتها وهوالمناسب في المقام لارفع المهر لعدم قوام النكاح بالمهر اصلا الا في التمتع ومن المعلوم ان بطلان نكاح الشغار ليس من جهته تعليق على عقد وكذا ليس من جهته شرط عقد في عقد بل من جهته التعاوض والمعامله بين الامرئتين كالمعامله بين الحيوانين والتعاوض بين البضعين بحيث يكون هذا عوض هذا كالمعامله بين هذا المال وذلك المال ومن الواضح ان احتساب احد الانسانين وجعله عوض المعامله ليس من عقد الزوجيه بين الرجل والمراه بل هي في الحقيقه اشبه بالمعامله والبيع والمعاوضه فيحكم بالبطلان من راس لا الحكم بالصحه والرجوع الى مهر المثل .

***

واما لوزوج الوليان كل واحد منهما صاحبه وشرط لكل واحده مهرا معلوما فانه يصح من جهته تحقق عنوان الزوجيه من دون معامله بين الامرتين كالصوره الاولى ـ كما انه يحكم بالصحه فيما ، لو زوج احدهما الاخر وشرط ان يزوجه الاخرى بمهر معلوم صح العقدان اي الثاني والثالث وهل يحكم ببطلان المهر في الصورتين من جهته انه شرط مع المهر تزويجا وهو غير لازم اوالصحه من جهته شمول ادله الشروط

للمقام والقول بان النكاح لايدخله الخيار قدتقدم ان مورده اصل النكاح وجعل الخيار فى اصله لافسخ النكاح من جهته عدم العمل اوالوفاء بالشرط اوكونه على خلاف ما اشترط عليه المتعاقدان كما فى البكاره - فالقول بالبطلان حتى يكون لها مهرالمثل ممالا وجه له كما اوجب ذلک كله التردد من المحقق ايضا بقوله وفيه تردد وهوفى محله بعداقتضاء القواعد صحه النكاح والمهرمن دون اجمال فيه وجهاله اصلا .

****

(فی معنی الشغار)

کما انه یصح النکاح لوزوجه وشرط ان ینکحه الزوج فلانه ولم یذکر مهرا " فلا بد من الوفاء بالشرط والرجوع الی مهرالمثل مع الدخول واما الوفاء بالشرط من جهته الاشتراط واما الرجوع الی مهر المثل من جهته عدم خلوعقد النکاح من المهر والوجه فی بطلان نکاح الشغار هوالمعاوضه بین البضعین کما یظهرمن موثقه ابن بکیر عن بعض اصحابنا عن ابیعبدالله (ع) وابیجعفر (ع) قال نهی عن نکاح المراتین لیس لواحده منهما صداق الابضع صاحبتها قال ولایحل ان تنکح واحده منهما الا بصداق اونکاح المسلمین - اذمن الواضح عدم وجود الصداق لواحد من الامرتین والتعبیر بالصداق باعتبار کون هذا البضع فی قبال ذلک البضع .

وکما فی روایه غیاث بن ابراهیم قال سمعت اباعبدالله یقول قال رسول الله (ص) لاجلب ولاجنب ولاشغار فی الاسلام والشغار ان یزوج الرجل الرجل ابنته اواخته ویتزوج هوابنته المتزوج اواخته ولا یکون بینهما مهر غیرتزویج هذا بهذا وهذا بهذا - فان التفسیر ان کان من النبی فواضح وان کان من بعض الرراه ایضا فیوضح المطلوب من نکاح الشغار وهوالمعامله بین البضعین لا النکاح بمهر وصداق .

وفی روایه ابن ابی جمهور عن ابیه رفعه عن ابیعبدالله قال نهی رسول الله (ص) عن نکاح الشغار وهی الممانحه وهوان یقول الرجل

للرجل زوجنی ابنتک حتی ازوجک ابنتی علی ان لامهر بینهما - ولم یعلم التفسیر کونه من الامام وعلی ای حال یوضح ذلک التفاسیر المطلب ویرفع الغبار من البین وانه عبارة عن معاوضة البضعین.

فظهر من جمیع ماتقدم اعتبار الدوریه فی النکاح کما صرح بذلک فی الجواهر بعدم الشغار من طرف واحد بل من الطرفین ولولا تصریح الاصحاب به لامکن اعتبار الدوریه فیه فلا شغار علی عدمها لکونه اسما لنکاح امراتین علی الوجه المزکور لا انه للنکاح الذی یکون المهر فیه نکاح الامراه الاخری ولو بمهر غیر نکاح الاول کی یتحقق ح فی واحده دون الاخری بل قد یقال انه لو جعل النکاح مهرا لزم منه صحه النکاح دون البطلان ومن الواضح عدم تحقق المعاوضه فی طرف واحد بل فی طرفین کما یشعر به لفظ (الشغار) المتخذ من باب المفاعله فالمراد بالشغار هو النکاح الذی یکون فی قباله نکاح اخری وبعبارة اخری المعاوضه بین البضعین فیکون الدور لازما لحقیقه الشغار ولایتصور ذلک فی طرف واحد نعم مع اباحه بضع البنت او الاخت او بیعه فی قبال مال لایتحقق معنی الشغار وان کان ذلک باطلا من جهته عدم النکاح فی البین بل هی شیء آخر غیر النکاح.

واما تسلم الاصحاب تصویر الشغار من طرف واحد فلیس علیه دلیل ومجرد الشک یوجب الاکتفاء بالقدر المعلوم وهو التحقق من الطرفین والدوریه والاقتصار علی المتیقن فی ما خالف القواعد.

***

القسم الثانی فی النکاح المنقطع وهو سایغ فی دین الاسلام لتحقق شرعیته وعدم مایدل علی رفعه .

وان المسلمین کانوا یفعلونه فی زمن النبی وابی بکرو برهته من زمن عمر وتحریم النبی له فی بعض المواقع کما فی الخیبر وغیره انما هو لاجل مصالح کما فی روایات العامه وبعض من الخاصه وان عمر ماحرم المتعه نهی تحریم بل نهی عنها لاجل مصالح کان عنده اجتهادا " لاجل کثره الفتوحات فی زمنه فی جبهتی الشرق والغرب وکان فی نظره ان اشاعه ذلک بین المسلمین یوجب تنفر الکفار عنهم وعن دینهم اولغیر ذلک من المصالح التی تتوهمها ولم یکن صحیحه بل فاسده فلذا شدد النکیر علیه فی روایات الخاصه وکذا دل علی جوازها فی زمن النبی وایام ابی بکرو برهه من زمن عمر کما فی روایاتهم راجع سنن البیهقی والدر المنثور وغیرهما من الکتب - ویظهر ذلک من قوله ایضا متعتان محللتان الخ ویدل علی عدم تحریمه بل نهیه عنه لاجل المصلحه عنده مارواه فی المستدرک عن نوادر احمد بن محمد بن عیسی عن القاسم عن ابان عن اسحق عن الفضل قال سمعت اباعبدالله علیه السلام یقول بلغ عمران اهل العراق یزعمون ان عمر حرم المتعه فارسل فلانا سماه فقال اخبرهم انی لم احرمها ولیس لعمران یحرم ما احل الله ولکن عمر قد نهی عنها ص ۵۸۷ ج۲.

ولیعلم ان المتعه لاجل کونها من الموضوعات المستحدثه فی

شرع الاسلام فلذا کثرالسئوال عن کیفیتها فی زمن الائمه ولم یسئل عن کیفیه الدائم لکونه عرفیا فلایمکن التمسک باطلاق الدلیل الوارد فیها لرفع الجزئیه اوالشرطیه وکذااذا شککنا فی حصول الزوجیه بای وجه من الوجوه ویرجع الشک فیه الی الشک فی تحقق العنوان الشرعی فالاصل الاولی فیها هوالاحتیاط .

(فی نکاح المتعه)

لکن مع ذلک کله یدل النصوص علی عدم اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول فی عقدها وعدم اشتراط الماضویه والحق عدم اشتراط ذلک فی سایرالعقود ایضا الاان یدل دلیل معتبر علی ذلک وهو مفقود فی المقام.

ویدل علیه من الروایات صحیحه ابان بن تغلب قال قلت لابی عبدالله (ع) کیف اقول لها اذا اخلوت بها قال تقول اتزوجک متعه علی کتاب الله وسنته نبیه لاوارثه ولاموروثه کذاوکذا یوما "وان شئت کذاوکذا سنته بکذاوکذا درهما وتسمی من الاجر ما تراضیا علیه قلیلا کان اوکثیرا " فاذاقالت نعم فقد رضیت وهی امراتک وانت اولی الناس بها الحدیث .

وروایه محمدبن النعمان الاحول ساله (ای الصادق(ع)) فقال ارنی ما یتزوج به الرجل متعه قال کفین من بر یقول لها تزوجنی نفسک متعه علی کتاب الله وسنته نبیه نکاحا " غیرسفاح علی ان لا ارثک ولاترثنی ولا اطلب ولدک الی اجل مسمی فان بدالی زدتک وزدتنی .

وروایه هشام بن سالم الجوالیقی ـ عن ابی عبدالله علیه السلام فی حدیث قال قلت ما اقول لها قال تقول لها اتزوجک علی کتاب الله وسنته نبیه والله ولیی وولیک کذا وکذا شهرا بکذا وکذا درهما علی ان لی الله علیک کفیلا لتفین لی ولا اقسم لک ولا اطلب ولدک ولاعده لک علی فاذا مضی شرطک فلا تتزوجن حتی تمضی لک خمس واربعون یوما وان حدث بک ولد فاعلمینی .

الی غیرذلک من الاخبار ولعل بعض منها یحتمل الحمل علی کلام سابق علی العقد لکن الذی یسهل الخطب ان الاعتبار بتحقق الایجاب والقبول کیف اتفق بل لاضیر فی کونه بنحو المعاطاه من دون احتیاج لفظ فضلا" عن لفظ خاص .

***

والنظر فیه یستدعی بیان ارکانه واحکامه وارکانه اربعه الصیغه والمحل والاجل والمهر اما الصیغه فهی اللفظ الذی وضعه الشارع وصله الی انعقاده وهو ایجاب وقبول والفاظ الایجاب ثلاثه زوجتک ومتعتک وانکحتک ایها حصل وقع الایجاب به ولاینعقد بغیرها الخ .

هذا اذا کان الاسباب الموجبه للعقد توقیفیه من ناحیه الشرع فکلما اعتبره هو المعتبر لیس الا لکن تقدم منا مرارا" فی الابواب المتفرقه مخصوصا فی صیغ البیع ان الملاک والاعتبار انما هو الی العرف فکلما یعتبره العرف سببا للنقل والانتقال فهو المتبع الا ان یدل دلیل معتبر من ناحیه الشرع علی خلافه .

ویدل علی عدم اعتبار الخصوصه اللفظیه ما رواه فی الکافی عن

علی ابیه عن نوح بن شعیب عن علی عن عمه عن ابی عبدالله علیه السلام قال جائت امراه الی عمر فقالت انی زنیت فطهرنی فامرها ان ترجم فاخبر بذلک امیرالموٴمنین علیه السلام فقال کیف زنیت قال مررت بالبادیه فاصابنی عطش شدید فاستقسیت اعرابیا فابی ان یسقینی الا ان امکنه من نفسی فلما اجهد نی العطش وخفت علی نفسی سقانی فامکنته من نفسی فقال امیرالموٴمنین علیه السلام تزویج ورب الکعبه .

وانت تری عدم لفظ دال علی النکاح فی الخبر وحملها علی صوره صدور اللفظ منهما بعید فکانه اکتفی بالتراضی منهما وکفایه المعاطاه .

قال فی الوافی بعد نقل الخبر مالفظه (بیان) انما کان تزویجا لحصول الرضا من الطرفین ووقوع اللفظ الدال علی النکاح والانکاح فیه وذکر المهر وتعینه والمره المستفاده من الاطلاق القائمه مقام ذکر الاجل انتهی ـ والایراد علیه باعتبار اللفظ المقصود به انشاء ذلک والفرض خلو هذا المذکور منه لیس فی محله بعد عدم الدلیل علی کون اسباب العقود توقیفیه وعدم اعتبار لفظ خاص فی ذلک علی فرض اعتبار اللفظ .

(فی عدم اعتبار اللفظ فی المتعه بل یکفی المعاطاه)

لکن فی ابواب الحدود باسناد الشیخ عن محمد بن احمد بن یحیی عن علی بن السندی عن محمد بن عمرو بن سعید عن بعض اصحابنا قال اتت امراه الی عمر فقالت یا امیرالموٴمنین انی فجرت فاقم فی

فی حد الله فامر برجمها وکان علی (ع) حاضرا " فقال له سلها کیف فجرت قالت کنت فی فلاه من الارض فاصابنی عطش شدید فرفعت لی خیمه فاتیتها فاصبت فیها رجلا اعرابیا "فسالته الماء فابی علی ان یسقینی الا ان امکنه من نفسی فولیت منه هاربا " فاشتدبی العطش حتی غارت عیناى وذهب لسانی فلما بلغ منی اتیته فسقانی ووقع علی فقال له علی(ع) هذه اللتی قال الله عزوجل فمن اضطرغیر باغ ولا عادهذه غیر باغیه ولاعادیه الیه فخلی سبیلها فقال عمر لولا علی لهلک عمر .

ویحتمل قویا عدم اتحادمورد هما بل الثانی یمکن ان یکون‌مورده ذات البعل بخلاف الاول ویدل علیه مارواه محمدبن محمدالنعمان المفید فی الارشاد قال روی العامه والخاصه ان امراه‌شهد علیها الشهوداتهم ,وجدوها فی بعض میاه العرب مع رجل یطائها ولیس ببعل لها فامر عمر برجمها وکانت ذات بعل فقالت اللهم انک تعلم انی بریه فغضب عمروقال وتجرح الشهود ایضا ، فقال امیرالموٴمنین (ع) ردوها واسئلوها فلعل لها عذرا فردت وسئلت عن حالها فقالت کان لاهلی ابل فخرجت مع ابل اهلی وحملت معی ماء ولم یکن‌فی ابلی لبن وخرج معی خلیطنا وکان فی ابل له فند مائی فاستقیته فابی ان یسقینی حتی امکنه من نفسی فابیت فلما کادت نفسی ان یخرج امکنته من نفسی کرها فقال امیرالموٴمنین الله اکبر فمن اضطر غیر باغ ولاعادفلااثم علیه فلماسمع عمر ذلک فخلی سبیلها .

فظهر من جمیع ماذکرنا عدم اعتبار لفظ خاص بل کفایه‌المعاطاه

وعدم الاجماع فی المسئله نعم لابد من العقد بین الطرفین بای وجه اتفق فما یظهر عن السیدالمرتضی فی طبریاته بالاکتفاء فی المتعه بالاباحه وان تحلیل الامه عقد متعته فینعقد عنده بالاباحه ایضا محل منع اذمن المعلوم عدم کون الاباحته من العقود بل هی صرف تسلیط علی التصرف من دون قرار من الطرفین بحیث لورجع فی کل آن صح بخلاف العقد فانه لابدمن الالتزام بمدلوله اذا طابق الشرع .

ثم انه یقع الکلام فی الرجوع الی اطلاق ادلهالمتعهاو اطلاق ادله الزوجیه فی الابواب المتفرقه من العده کمافی الوفاء اوالارثان لم یقم دلیل علی خلافه الی غیر ذلک .

والوجه فی عدم الرجوع الی الاطلاقات کونها من الموضوعات المستنبطه ولذاکثرالسئوال عن کیفیته عن الائمه علیهم السلام ولم یسئل عن کیفیه الدائم فلا اطلاق لادلته کی یرجع الیه عند الشک فی اعتبارشی شطرا اوشرطا فی سببیته لحصول الزوجیه .

والوجه فی الرجوع الیهاان الشارع لم یخترع المتعه بل اضاف الی الزوجیه قیودا من لزوم الاجل والمهر حتی صار بذلک قسما من الزوجیه لاانه حقیقه وراء حقیقه الزوجیه فی الدائم کما فی اضافه الشرائط فی الطلاق والبیع والنکاح وسایر المعاملات فلیس المتعه عنوانا مخترعا من الشرع بل هوازدواج بشرائط خاصه و تترتب علیه احکام خاصه .

فمع الشک فی اعتبارشیی فیه یرجع الی اطلاق الدلیل وعلی فرض

اختراعه ایضا یکون الادله الداله علیها حاکمه علی الادله الاولیه فانه یکون ازرواجا فکلما یثبت به الزوجیه یثبت به المتعه وکلما یترتب علی الزوجیه من الاحکام یثبت له الا ان یدل دلیل خاص علی عدم الترتب کما فی الارث وعده الوفاه وغیرهما فلولم یکن فی البین دلیل خاص لقلنا بالارث بمقتضی ادله الارث للزوجیه وکذا تمسک المشهور باثبات عده الوفاه لها من جهته شمول الادله الاولیه لمطلق الازواج وکذا یحکم بحرمه امهات النساء فی المتعه وکذا یحکم علیها بوجوب عده الوفاه لاطلاق الایه بوجوب العده والحداد الی اربعه اشهر وعشرا وبالجمله جمیع احکام الزوجیه یترتب علی الزوجیه الحاطله بالمتعه الا ماخرج بالدلیل الخاص - ولذا قال فی الشرایع

اما المحل فیشترط ان تکون الزوجه مسلمه اوکتابیه کالیهودیه والنصرانیه والمجوسیه علی اشهر الروایتین فان مساق المسئله فیها عین مساق المسئله فی الدائمه من غیر فرق بینهما .

واما المسلمه فلا تتمتع الا بالمسلم خاصه مومنته کانت او غیر موٴمنه سواء کان بالموٴمن اوغیرالموٴمن بناء علی عدم اعتبار الایمان فی الکفایه والافلا یجوز لغیرالموٴمن التمتع بالمومنته الی غیر ذلک من الاحکام المتفرقه علی الاطلاقات السابقه المستفاد منها حکم الدائم وغیره .

وکذا لایجوز بالوثنیه ولا الناصبه المعلنه بالعداوه الذی تقدم فیه البحث مفصلا فی احکام الدائم من غیرق بین الادله بالنسبه الی البابین وقدعرفت الحق فیه .

وكذا لايستمتع امته وعنده حره الاباذنها ولوفعل كان العقدباطلا

وكذا لايدخل عليها بنت اخيها ولابنت اختها الامع اذنها ولوفعل كان العقد باطلا فان كل ذلک متفرع علی اتحاد الحكم والموضوع و قد عرفت منا ان الوجه انها ليس موضوعا مستنبطا بل اضاف الشارع الی النكاح قيودا وعلی فرض التسليم يكون دخولها فی الادله الاوليه بنحو الحكومه فيوخذ باطلاقات الادله الاوليه ولعمری ان الامر فی ذلک كله واضح لامريه فيه ،، .

فظهر من جميع ما ذكرناه عدم الريب فی التمسک بالاطلاقات الوارده فی ادله الزواج بالنسبه الی النوعين من الزواجين و توهم بعض الاساطين فی عدم التمسک من جهته كون المتعه من الامور المستحدثه ليس فی محله .

ثم انه يمكن ان يقال انه لامانع من القول بصحه الزواج انقطاعا اودواما فی صوره جعل المراه اجره للرجل بان تقول له انی اتزوجک علی ان تكون علی لک عشره الاف دينار اوريال او تومان علی ان تكون زوجا لی فالاجره فی هذا النحو من النكاح من قبل المراه للرجل ولامانع من شمول العمومات من قبيل اوفوا بالعقود علی هذا النحو من النكاح ومن الواضح عدم كون هذا النحو من الازدواج زناء وسفاحا بل هو قسم من الازدواج والعقود المستحدثه العرفيه وعدم دليل علی التوقيفيه فی العقود وعدم دليل علی اختصاصها بما تعارف فی زمن الشارع والاحتياجات البشريه يوجب

احداث عقود جدیده فی البین کما فی التضمین المتداول فی الازمنه المتاخره فالازدواج کما یمکن ان یکون بنحو العقد الدائم او المنقطع او التحلیل بدون عوض او بعوض علی الزوج او علی الزوجه لاغراض شتی کذلک یمکن ان یکون الاجره للاستمتاع من طرف الزوجه کما فی صوره شیخوخه المراه وشباب الزوج.

والادله الداله علی ان البضع لایکون بغیر عوض انما هو فی صوره الدعوی والقضاوه بحیث لو ادعی الزوجه مهرا وانکره الزوج فانه یوجب ذلک الزامه بمهر مثل امثالها والغرض العقلائی بهذا الزواج موجود فی زماننا خصوصا بالنسبه الی النساء المتمولات، اللاتی لایرغبها الرجال لاجل تبختر هن وتمولهن وجهات اخر اولایرغبها الرجال لاجل الکحوله ،وغیرها فتوصل الی، الزواج بجعل الاجره للزوج وان لم نقل بکونه متعه لان حقیقه المتعه اما ان یکون، باجل معلوم اومهر معلوم من قبل الزوج فهذا النحو لیس کما ذکر او ان یکون المتعه بجعل الاجره علی المراه للزوج ولا دلیل من الاطلاقات علی حصر المتعه علی النحو الاول المتعارف الذی کان احتیاج المراه الی المهر من مهام الامور ولم یکن فی الازمنه السابقه لهن مال غالبا "ولم یکن الاحتیاج الی هذا النحو من الزواج الی غیر ذلک وبالجمله لامانع من الازدواج بهذا النحو الا ان یدل دلیل معتبر علی الحصر ولیس .

ثم انه اذا تزوج باحدی الاختین ثم طلقها طلاقا رجعیا لایجوز له نکاح الاخری الا بعد خروج الاولی عن العده واما اذا کان بائنا

بان کان قبل الدخول اوطلاقا ثالثا اوکان الفراق بالفسخ لاحد العیوب او بالخلع اوالمباراه جازله نکاح الاخری ویمکن ان یقال بعدم جواز رجوع الزوجه فی البذل بعدتزویج الاختکل ذلک علی طبق القاعده .

نعم لوکان عنده احدی الاختین بعقد الانقطاع وانقضت المده یجوز له نکاح اختها فی عدتها وهل یلحق بذلک اذا وهبت عدتها ام لاقیل نعم کما عن العلامه فی المختلف وابن ادریس وجمله من المتاخرین منهم صاحب الجواهر وقیل کما عن الصدوق والشیخ فی النهایه والتهذیب وتبعهما الکیدری للنص الصحیح،

الذی رواه محمدبن یعقوب الکلینی باسناده عن الحسین بن سعید قال قرات فی کتاب رجل الی ابی الحسن (ع) الرجل یتزوج المراه متعه الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما هل یحل له ان ینکح اختها من قبل ان تنقضی عدتها فکتب لایحل له ان یتزوجها حتی تنقضی عدتها .

ومثله مارواه عن اسمعیل ابن مرار عن یونس ، وعن القاسم بن محمدالجوهری عن علی بن ابی حمزه .

وخبر احمدبن عیسی فی نوادره بل المحکی عنها فی نهایه المرام لسیدالمدارک ان العمل به هوالمتعین وفی التهذیب التصریح بعدم جواز ذلک متعته مدعیا انه مضمون الصحیح لکنه جوزفی الاستبصار تخصیص هذا الخبر بالمتعه بعدان طعن فیه بانه لیس کل مایوجد فی الکتب صحیحا کماصرح به فی الوافی فانت تری ان الشیخ فهم من

قوله فی کتاب الرجل الکتاب المعین المعلوم کسایر الاصول والکتب لا لکتابه المصدری فان یونس وغیره قرئوا هذا الکتاب ولم یعلم کاتبه وانه لای شخص وهذا غیر قول الرواه کتب رجل فانه لشهاده علی الکتاب واطمینان بالکتابه بخلاف المقام فلذا لایمکن الاعتماد علیه فی رفع الید عن اطلاق الادله الداله بعدم العده لها علیه.

واورده علیه فی السرائر بان هذه الروایه شاذه مخالفه لاصول المذهب لایلتفت الیها ولایجوز التخریج علیها.

وحملها فی الجواهر علی نوع من الکراهه لقصورها عن مقاومه ما دل علی الجواز فی العده البائنه وکما فی خبر محمدبن علی بن محبوب عن ابیعبدالله البرقی عن محمدبن سنان عن منصور الصیقل عن ابی عبدالله قال لاباس بالرجل ان یتمتع اختین قال الشیخ لیس له ظاهرا ان یتمتع بالاختین فی حاله واحده فتحمله علی انه یجوز له العقد علی کل واحده بعد لاخری.

اقول ویدل علی الجواز فی العده ایضا صحیح هشام بن سالم قال قلت کیف یتزوج المتعه قال یقول اتزوجک کذا وکذا یوما بکذا وکذا درهما فاذا مضت تلک الایام کان طلاقها فی شرطها ولاعده لها علیک ـ والحکم بعدم العده وان کان یشمل الخامسه ایضا الا انه لاداعی لرفع الید عن الاطلاق حتی بالنسبه الی اخت الزوجه فی عدتها.

قال فی الوافی بعدنقل الروایه مالفظه (بیان) کان طلاقها فی شرطها یعنی به ان الشرط الذی اشترطها اولا فی تعین الاجل هو متضمن لطلاقها اذا انقضی الاجل فلها ان تذهب بعده حیث شائت من دون طلاق ولاعده لها علیک ای لیس علیک ان تصبر الی انقضاء عدتها

اذا اردت ان تنکح اختها بعد حلول الاجل او ابنه اخیها او ابنه اختها اونحو ذلک من الامور کما تکون تصبر فی عده الدائم .

وما رواه فی التهذیب عن محمدبن احمد عن محمدبن الحسین عن موسی بن سعدان عن عبداله بن القاسم عن هشام بن سالم قال قلت لابی عبدالله علیه السلام اتزوج المراه متعه مره مبهمه قال فقال ذلک اشد علیک ترثها وترثک ولایجوزلک ان تطلقها الاعلی طهروشاهدین قلت اصلحک الله فکیف اتزوجها قال ایاما معدوده بشی مسمی مقدار ماتراضیتم به فاذا مضت ایامها کان طلاقها فی شرطها ولانفقه و لا عده لها علیک الحدیث ـ وکیفیه الاستشهاد ماتقدم مع اضافه ترثها ویرثک الظاهر فی بیان الحکم الواقعی لاالمتنازع فیه وصیروره العقد دائمه انماهوبالنسبه الی صوره التنازع فاذا ادعت المراه الدوام فالقول قولها الا ان یدل البینه علی خلافه کما اشار الی ذلک فی الوافی ذیل صحیحته ابان بن تغلب بقوله لانه اذالم یذکر الایام زعمت الدوام ولایثبت العقد الاعلی مازعمته لانهالم ترض به الاعلی ذلک وانما الاعمال بالنیات ـ انتهی .

لکن الروایه ضعیفه بموسی بن سعدان وعبداله بن القاسم ثم انه علی تقدیرالقول بعدم الجواز فی عده الاخت انماهوفی صوره انقضاء المده کما تدل علیه المکاتبه واما فی صوره عدم انقضاء الاجل کما اذا وهب المده فان الحاق ذلک بصوره انقضاء الاجل مشکل اللهم الا ان یقال بان المناط فی الحرمه انماهومن جهته کون التزویج فی عده الاخت فلا یفرق فیه بین صوره هبه المده

وانقضاء الاجل بنفسه كما لايبعد.

وقال ابن ادريس في متعه السرائر مالفظه وكذا يجوز له ان يعقد على اختها قبل خروجها من عدتها وبعدخروجها من اجله انتهى - وقال في موضع اخر من كتابه بعدالقول بجوازالعقد على الاخت في عده اختها قبل انقضاء عدتها كما في كل طلاق بائن مالفظه وقدروى في المتمتعه اذا انقضى اجلها انه لايجوزالعقد على اختها حتى ينقضي عدتها وهي روايه شاذه مخالفه لاصول المذهب لايلتفت اليها ولايجوز التخريج عليها - انتهى.

****

(في تمتع المؤمنه والعفيفه)

ويستحب ان تكون مؤمنه ، كما في روايه الحسن التفليسي قال سالت الرضا (ع) ايتمتع من اليهوديه والنصرانيه فقال يتمتع من الحره المؤمنه احب الي وهي اعظم حرمه منها .

وفي صحيح محمدبن اسماعيل عن الرضا في حديث انه سئل عن المتعه فقال لاينبغي لك ان تتزوج الابمؤمنه اومسلمه بناء على نسخه الكافي واما في نسخته الفقيه والتهذيب الابمامونه ولايبعدترجيح الاخيره بمناسبه الحكم والموضوع لعدم كون الزانيه امينته على فرجها ويمكن ان يكون التقيدبالمؤمنه اوالمامونه لاجل الخوف عن افشاء السر اذالم تكن مؤمنه اومامونةوالتعبيربه لاينبغي يمكن ان يكون لاجل هذه النكته .

وصحيح محمدبن الفيض قال سالت اباعبدالله (ع) عن المتعه فقال نعم اذا كانت عارفه قلنا فان لم تكن عارفه قال فاعرض عليها وقل لها فان قبلت فتزوجها وان ابت ان ترض بقولك فدعها واياكم الكواشف والدواعي والبغايا وذوات الازواج قلت وما الكواشف قال اللواتي يكاشفن وبيوتهن معلومه ويؤتين قلت فالدواعي قال اللواتي يدعون الى انفسهن وقدعرفن بالفساد قلت فالبغايا قال المعروفات بالزنا قلت فذوات الازواج قال المطلقات علىغيرالسنه .

فاذا عرفت ذلك فلا بدمن حمل مرفوعه الحسن بن علي عن بعض اصحابنا يرفعه الى ابي عبدالله (ع) قال لاتتمتع بالمؤمنهفتذلها

علی الکراهه وقال الشیخ انها شاذه ویحتمل ان یکون المراد به اذا کانت من اهل بیت الشرف یلحق اهلها العار ویلحقها الذل کما سیاتی فیکون مکروها من جهته ایرادالذل والعار.

وان تکون عفیفه کمافی روایه عبدالغفار بن القاسم ابی مریم الانصاری عن ابیجعفر (ع) انه سئل عن المتعه فقال المتعه الیوم لیست کماکانت قبل الیوم انهن کن یومئذ یوء من والیوم لایوء من فسئلوا عنه.

وفی روایه ابی ساره امام مسجد بنی هلال قال سالت اباعبدالله عنها یعنی المتعه فقال لی حلال فلاتزوج الا عفیفه ان الله عز وجل یقول والذینهم لفروجهم حافظون فلا تضع فرجک حیث لاتاء من علی درهمک.

وکمافی صحیح اسمعیل بن بزیع عن الصادق بقوله لاینبغی لک ان تتزوج الاما مونه بناء علی نسخه الفقیه والتهذیب کما لایبعدبقرنیه الحکم والموضوع.

ثم العجب من صاحب الوسائل مع التفاته علی اختلاف نسخهالکافی مع الفقیه والتهذیب فی روایه اسماعیل بن بزیع استدل تاره للماموته بهافی الباب السادس ولکونها موء منه عارفه بها فی الباب السابع مع وحده الروایه فان الصادر فی الواقع انماهو واحد منهما لاکلاهمافمع الاشتباه لایمکن الاخذبواحدمنهما من جهته کون واحد منهما متعینا روایه کما هوظاهر.

وصحیح یونس عن محمدبن الفیضل قال سالت ابا الحسن(ع) عن المراه الحسناء الفاجره هل یجوز للرجل ان یتمتع منها یوما او اکثر فقال اذا کانت مشهوره بالزنا فلا یتمتع منها ولاینکحها .

ومرفوعه ابن ابی یعفور عن ابی عبدالله علیه السلام قال سالته عن المراه ولا دری ما حالها ایتزوجها الرجل متعته قال یتعرض لها فان اجابه الی الفجور فلا یفعل .

وصحیح یونس عن بعض رجاله عن ابی عبدالله (ع) قال سالته عن الرجل یتزوج المراه متعته ایاما معلومه فتجیئه فی بعض ایامها فتقول انی قد بغیت قبل مجئی الیک بساعه اویوم هل له ان یطاها وقداقرت له ببغیها قال لاینبغی له ان یطاء ها الی غیر ذلک من الروایات المحموله علی الکراهه جمعا بینها وبین ما دل صریحا علی الجواز .

کما فی صحیح زراره قال سال عمار اباعبدالله علیه السلام عن الرجل یتزوج الفاجره متعه قال لاباءس وان کان التزویج الاخر فلیحصن بابه .

وصحیح اسحق بن جریر قال قلت لابی عبدالله (ع) ان عندنا بالکوفه امراه معروفه بالفجور ایحل ان اتزوجها متعه قال فقال رفعت رایه قلت لورفعت رایه اخذها السلطان قال فقال نعم تزوجها متعته قال ثم اصغی الی بعض موالیه واسرالیه شیئا قال فدخل قلبی من ذلک شیی قال فلقیت مولاه فقلت له ای شی قال لک ابوعبدالله علیه السلام قال فقال لی لیس هوشیی تکرهه فقلت فاخبرنی به قال

فقال انما قال لی ولورفعت رایه ماکان علیه فی تزویجها شی انما یخرجها من حرام الی حلال الی غیر ذلک من الروایات الداله علی الجواز حتی فی صوره کونها مشهوره بالزنا .

وکما فی کتاب الدلائل لعبدالله بن جعفر الحمیری عن الحسن بن ظریف الثقه قال کتبت الی ابی محمد(ع) قد ترکت التمتع ثلثین سنته ثم نشطت لذلک وکان فی الحی امراه وصفت لی بالجمال فمال قلبی الیها وکانت عاهرا لاتمنع یدلامس فکرهتها ثم قلت قد قال الائمه (ع) تمتع بالفاجره فانها تخرجها من حرام الی حلال فکتبت الی ابی محمد(ع) اشاوره فی المتعه وقلت ایجوز بعدهذه السنین ان اتمتع فکتب انما تحی سنه وتمیت بدعه فلا باٴس وایاک وجارتک المعروفه بالعهر وان حد ثتک نفسک ان ابائی قالوا تمتع بالفاجره فانک تخرجها من حرام الی حلال فان هذه المراه معروفه بالهتک وهی جاره واخاف علیک استفاضته منها فترکتها ولم اتمتع بها وتمتع بها شاذان بن سعید رجل من اخواننا وجیراننا فاشتهر بها حتی علی امره وصارالی السلطان وغرم بسببها مالانفیسا واعاذنی الله من ذلک ببرکه سیدی .

وان یسئلها عن حالها قبل التزویج لروایه ابی مریم الانصاری عبدالغفار بن القاسم عن ابی جعفر(ع) انه سئل عن المتعه فقال ان المتعه الیوم لیست کماکانت قبل الیوم انهن کن یومئد یومن والیوم لایوٴ من فسئلوا عنهن ــ ویوٴ من امامن الایمان اومن الامانه

بمعنى صيانه انفسهن عن الفجور اوعن الاذاعته الى المخالفين وعلى الاول يدل على المطلوب وكذا على الثانى بناء على كونها بمعنى الصيانه عن الفجور وقرينه السئوال ايضا يويدها وكيف كان فالمراد من السئوال هوالسئوال عن الغير يعنى فاسئلوا الناس عنهن من جهته تبيين حالهن ومن المعلوم ان السئوال عن انفسهن مع التهمته لايفيد كمانبه به فى المسالك وهوا جودمن تعبيرالمصنف بسئوالها بل المتعين هوالسئوال عن الغير لعدم الجدوى فى السئوال عنها .

ومع كون السئوال مستحبا لايهم للبحث وعدم الاحتياج اليه لعدم الشرطيه وحمل فعل المسلم على الصحيح .

وصحيح ابان بن تغلب قال قلت لابى عبدالله (ع) انى اكون فى بعض الطرقات فارى المراه الحسناء ولا آمن ان تكون ذات بعل او من العواهر قال ليس هذا عليک انما عليک ان تصدقها فى نفسها .

وفى روايه ميسر قال قلت لابى عبدالله القى المراه بالفلاة التى ليس فيها احدفاقول لها لک زوج فتقول لافا تزوجها قال نعم هى المصدقه على نفسها وهاتين الروايتين تدلان على السئوال والتصديق لها قبل التزويج وعباره المنصف ايضا يمكن ان تكون من جهته هذين الخبرين .

****

(في السئوال عن حالها مع التهمته)

واما لسئوال بعدالتزويج فيكره كما في روايه محمدبن عبد الله الاشعرى قال قلت للرضا عليه السلام الرجل يتزوج بالمراه فيقع في قلبه ان لها زوجا قال ما عليه ارايت لوسالها البينه كان يجد من يشهدان ليس لها زوج - فان موردالسئوال انما هوبعدالتزويج .

وعن فضل مولى محمدبن راشد عن ابى عبدالله عليه السلام قال قلت انى تزوجت امراه متعه فوقع فى نفسى ان لها زوجا ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجا قال ولم فتشت .

وعن مهران بن محمد عن بعض اصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام قال قيل له ان فلانا تزوج امراه متعه فقيل ان لها زوجا فسالها فقال ابوعبدالله عليه السلام ولم سالها - فان هذه الروايات الثلاثه تدل على كراهته السئوال بعدالتزويج فلا تهافت بين الطائفتين منها فان الاولى قبل التزويج والثانيه بعده .

ويكره ان تكون زانيه فان فعل فليمنعها من الفجوروليس شرطا قال الشيخ فى النهايه لاباس ان يتمتع الرجل بالفاجره الا انه يمنعها بعدالعقد من الفجور والمشهور الكراهه .

وقال الصدوق فى المقنع واعلم ان من يتمتع بزانيه فهوزان لان الله تعالى يقول الزانى لاينكح الازانيه اومشركه والزانيه لاينكحها الا زان اومشرك وحرم ذلك على المؤ منين .

وقال ابن البراج ولايعقد متعه على فاجره الا ان يمنعها من الفجور

فان لم تمنع من الفجور فلا يعقد عليها وعن العلامه بعدنقل هذه الاقوال فی المختلف والوجه الكراهه كالدائم .

وتقدم مناان الايه بصدد بيان امراخلاقی وان الزانی بطبعه يميل الی الزانيه وبالعكس لاالموٴمنين وان المرادمن التحريم هو الاخلاقی ايضا ولابدمن ذلک التوجيه للادلهالقويه الداله علیالجواز من الاخبار كماتقدم فی صحيح زراره واسحق بن جرير والحسن بن طريف بل فی الاخيرين وجهالتحليل اخراجه من الحرام الی الحلال وكمافی صحيح اسماعيل بن بزيع قال سال رجل ابالحسنالرضا عليه السلام وانااسمع عن رجل يتزوج المراه متعه ويشترط عليها ان لا يطلب ولدها فاتی بعد ذلک بولد فشدد فی انكارالولد وقال اتجحده اعظاما لذلک فقال الرجل فانی اتهمها فقال لاينبغی لک ان تتزوج الا موٴمنه اومسلمه فان الله عزوجل يقول الزانی لاينكح الازانيه اومشركه والزانيه لاينكحها الازان اومشرک وحرم ذلک علیالموٴمن.

وصحيح عبادبن صهيب البصری الثقه عن جعفر بن محمد(ع) قال لا باس ان يمسک الرجل امراته ان راها تزنی اذاكانت تزنی وان لم يقم عليها الحد فليس عليه من اثمها شيی.

وصحيح موسی بن بكر عن زراره عن ابی جعفر(ع) قال سئل عن رجل اعجبته امراه فسئل عنها فاذا الثناء عليها فی شيی من الفجورفقال لاباس ان يتزوجها و يحصنها .

وصحيح الحسن بن المحبوب عن علی بن رئاب قال سالت ابا عبدالله

(ع) عن المراه الفاجره یتزوجها الرجل المسلم قال نعم وما یمنعه ولکن اذا فعل فلیحصن بابه مخافه الولد.

الی غیر ذلک من الاخبار الوارده والجمع بینها یقتضی القول بالکراهه لکن فی الزانیه والمشهوره المحدوده اشدکراهه.

ویکره ان یتمتع ببکر لها اب بل مطلقا لصحیح حفص البحتری عن ابیعبدالله (ع) فی الرجل یتزوج البکر متعه قال یکره للعیب علی اهلها.

وروایه المهلب الدلال انه کتب الی ابی الحسن(ع) ان امراه کانت معی فی الدار ثم انها زوجتنی نفسها وشهدت الله وملئکته علی ذلک ثم ان اباها زوجها من رجل اخر فما تقول فکتب (ع) التزویج الدائم لایکون الابولی وشاهدین ولایکون یتزویج متعه ببکر استر علی نفسک واکتم رحمک الله وهذا الخبر محمول علی التقیه کما یظهر من سیاقه وفحواه واشهاد الله والملائکته حیث لایکون النکاح عندهم الا بولی وشهود. وفی صحیح البزنطی ایضا النهی عن المتعه الا باذن ابیها.

وعن ابی مریم عن ابی عبدالله علیه السلام قال العذراء التی لها اب لایتزوج متعه الا باذن ابیها.

وهذا لخبر ایضا محمول علی الکراهه تاره وعلی الصبیه اخری وعلی التقیه ثالثه - لاجل روایات صریحه داله علی الجواز ولو من غیر اذن ابیها کما فی صحیح حفص البختری المتقدم الدال علی الکراهه - وکما فی خبر زیاد بن ابی الهلال قال سمعت اباعبدالله علیه السلام

یقول لاباس بان یتمتع بالبکر مالم یفض الیها کراهیه العیب علی اهلها ـ وخبر محمدبن ابی حمزه عن بعض اصحابه عن ابی عبدالله علیه السلام فی البکر یتزوجها الرجل متعه قال لاباس مالم یفتضها .

وصحیح جمیل بن دراج قال سالت اباعبدالله (ع) عن الرجل یتمتع من الجاریه البکر قال لاباٴس بذلک مالم یستصغرها .

وروایه محمدبن عذافر عمن ذکره عن ابی عبدالله (ع) قال سالته عن التمتع بالابکار فقال هل جعل ذلک الالهن ولیستترن به ولیستعففن .

وروایه ابی سعیدالقماط عمن رواه قال قلت لابی عبدالله علیه السلام جاریه بکر بین ابویها تدعونی الی نفسها سرا من ابویها افافعل ذلک قال نعم واتق موضع الفرج قال قلت وان رضیت بذلک قال وان رضیت فانه عار علی الابکار .

وصحیح ابی سعید قال سئل ابوعبدالله عن التمتع بالابکار اللواتی بین الابوین فقال لاباس ولا اقول کما یقول هولاء الاقشاب .

(بیان) القشب من لاخیر فیه .

وصحیح الحلبی قال سالته عن التمتع من البکر اذاکانت بین ابویها بلا اذن ابویها فقال لاباٴس مالم یفتض ماهناک لتعف بذلک .

وفی الفقیه عن محمدبن یحیی الخثعمی عن محمد قال سالته عن الجاریه یتمتع بها الرجل قال نعم الا ان یکون صبیه تخدع قال قلت اصلحک الله کم الحدالذی اذابلغته لم تخدع قال بنت عشرسنین الی غیر ذلک من الاخبار المطلقه الداله علی استقلالها بالبلوغ

وزوال الصباوه وعدم احتیاجها الی الولی بعده الا ان الاحوط مراعاه اذن الولی فی کلا المقامین خصوصا فی الدوام للاخبار الداله علیه والجمع بینها وبین الطائفه الاخری یقتضی الحمل علی الکراهه وفی الدوام اشدکراهه.

فان فعل فلا یفتضها ولیس بمحرم الافتضاض هو صب الماء افتض الماء صبه شیئا فشیئا اومن الفض کما فی قولهم فض ختم الکتاب وختم عن الکتاب ای کسره وفتحه وفض اللولوء ثقبها - فان کان بالمعنی الاول فیستفاد منه کراهته صب الماء علی فرجها مخافه الحمل وهوعیب علی اهلها - واما اذا کان بالمعنی الثانی فیستفاد منه کراهته ازاله البکاره .

ویدل علی عدم الفض روایه زیاد بن ابی الهلال ومحمدبن ابی حمزه ویمکن حملهما علی کل واحد من المعنیین لکن فی روایه ابی سعید القماط قوله واتق موضع الفرج قال قلت وان رضیت بذلک قال وان رضیت فانه عار علی الابکار - ما یدل علی کراهته ازاله البکاره بمناسبه اتقاء موضع الفرج ولمناسبته العار والعیب فی ازاله البکاره سرا کما هوالعار فی زماننا .

واما صحیح الحلبی فان کان المرادمن (الما) فی قوله (مالم یفتض ما هناک) الموصوله اوالزیاده فیدل علی کراهیتها زاله البکاره مع احتمال صب الماء فی الفرج ایضا واما اذاکان المرادمنه (ماء) بالهمزه حتی ینهی عن صب الماء فی الفرج فیدل علی کراهه الاحبال

لاعلی ازاله البکاره وان لم تحبل کمالایخفی - مع احتمال ان یکون المرادمن قوله لتعف بذلک هوالعفه من جهته عدم ازاله البکاره .

وقد عرفت عدم الحرمه مضافا الی النصوص التی لایستفادمنها ازید من الکراهه خصوصا بعداشتمال بعض منها علی العله المعلوم منها الکراهه للعمومات والاطلاقات واصل عدم الحرمه کما هوظاهر.

وخصوص مارواه احمدبن محمدبن عیسی عن رجاله مرفوعا الی الائمه علیهم السلام منهم محمدبن مسلم قال قال ابوعبدالله (ع) لا باس بتزویج البکر اذارضیت من غیراذن ابیها الی غیر ذلک .

وبالجمله النهی الوارد فی صحیحه البزنطی عن الرضا لایتزوج الرجل متعه الاباذن ابیها وکمافی خبر ابی مریم عن ابی عبدالله (ع) قال العذراء التی لها اب لاتتزوج متعه الا باذن ابیها محمول علی الکراهه جمعا لعدم کون النهی نصافی الحرمه والروایات المجوزه نص فی الجواز فالحمل یقتضی الکراهه .

فروع ثلاثه الاول اذا اسلم المشرک وعنده کتابیه بالعقد المنقطع کان عقدها ثابتا وکذا لو کن اکثرولوسبقت هی وقف علی انقضاء العده ان کان دخل بها وان انقضت ولم یسلم بطل العقد وان لحق بها قبل انقضاء العده فهواحق بها مادام اجله باقیا ولو انقضی الاجل قبل اسلامه لم یکن له علیها سبیل والاصل فی ذلک کله صحته عقدالمتعه عندنا فکما یقرعلیه فی الدائم کذلک فی الانقطاع من غیر فرق بینهما فی ذلک ومع کونهن اکثرمن اربع ایضا

لما تقدم ویاتی من عدم الانحصار فیها ولواسلمت هی دونه توقف الفسخ علی انقضاء العده لان نکاح المسلمه ما یصح لکافر مطلقا وان انقضت المده والعده التی جعلاها اجلا للمتعته ولم یسلم تبین انفساخ النکاح من حین الاسلام اما مع انقضاء العده فلانفساخ النکاح واما مع انتهاء المده فلا قتضائه البینونه .

وان اسلم فی العده وقدبقی من المده شیی فهو املک بها مادامت المده باقیه ومع الدخول فی کل مکان یثبت المسمی ان کان والا یرجع الی مهرامثالها ولوکان الاسلام قبل الدخول فان کان منهما فلا اشکال واما لوکان منه فالحکم بحاله وان کان منها انفسخ النکاح ولامهر کما مرلان الفسخ کان من قبلها وقدتقدم جمیع ذلک فیما تقدم فراجع .

الثانی لوکانت غیرکتابیه فاسلم احدهما بعدالدخول وقف الفسخ علی انقضاء العده وتبین منه بانقضاء الاجل اوخروج العده فایهما حصل قبل اسلامه انفسخ به النکاح، لما تقدم سابقا من انه وان کان لایجوز تزویج غیرالکتابیه ابتداء الا انه اذا اسلم منهما فیحکم ببقاء النکاح الی انقضاء العده بعدالدخول للفرق بین الابتداء والاستدامه کما لایخفی .

الثالث لواسلم وعنده حره وامه ثبت عقدالحره ووقف عقدالامه علی رضاءالحره ، وجه الصحه فی نکاح الحره فللاقرار علی نکاحها فی حال الکفر ویجری علیه حکمه بعدالاسلام واما توقف نکاح الامه

علی رضا الحره فلان الجمع موقوف علی رضاتها فاذالم ترضی انفسخ النکاح واماذا قلنا بصحه عقدالامه وانه صحیح بدون الشرطین او علی ان المانع منه فی ابتداء العقد لا الاستداله فلایحتاج الی الرضاء کماتقدم کل ذلک فی الدائم فراجع

واما المهر فهو شرط فی عقدالمتعه ویبطل بفواته العقد قال فی المبسوط نکاح المتعه عندنا صحیح مباح فی الشریعه وصورته ان یعقد علیها مده معلومه بمهر معلوم فان کانت المده مجهوله لم یصح وان لم یذکر المهر لم یصح العقد وبهذین الشرطین یتمیزمن نکاح الدائم انتهی .

وفی الخلاف نکاح المتعه عندنا مباح جائز وصورته ان یعقد علیها مده معلومه بمهر معلوم فان لم یذکر المده کان النکاح دائما وان ذکر الاجل ولم یذکر المهر بطل العقد وان ذکر مده مجهوله لم یصح علی الصحیح من المذهب انتهی .

وفی المختلف یشترط فی عقدالمتعه ذکرالمهر والاجل فلو اخل بالاول بطل العقد اجماعا وفی التحریر لابد فی هذا العقد من ذکر الاجل المعلوم والمهرالمعین فلواخل بهما بطل اجماعا وکذا لواخل بالمهر ولو ذکرالمهر واخل بالاجل قال الشیخ ینعقددائما وقیل یبطل العقد وهوالاقوی .

***

(فی ان المهر رکن فی المتعه)

وعن اول الشهیدین ذکر الاجل وذکر المهر (وعن ثانیهما) المضبوط المحروس عن الزیاده والنقصان فی الاول وبالکیل والوزن اوالعدد مع المشاهده اوالوصف الرافع للجهاله کل ذلک عبارته فی شرح الروضه وقال فیه ولواخل به بطل العقد بخلاف الدائم .

اضف الی مقعد الاجماع النصوص الصحیحه الصریحه فی ذلک کصحیحه زراره عن ابی عبدالله علیه السلام قال لاتکون متعته الابامرین اجل مسمی واجر مسمی وفی یب عن ابن عیسی عن علی ابن الحکم عن ابان عن الهاشمی قال سالت اباعبدالله (ع) عن المتعه فقال مهر معلوم الی اجل معلوم ـ وصحیح ابی بصیر قال لابدمن ان تقول فیه هذه الشروط اتزوجک متعه کذاوکذا یوما بکذاوکذا درهما الحدیث .

والشیخ المفید فی رساله المتعه بالاسناد عن احمدبن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن جمیل بن دراج عمن رواه عن ابی عبدالله (ع) قال لایکون متعه الابامرین اجل مسمی واجر مسمی .

وفی الفقه المنسوب الی مولانا الرضا علیه السلام فی کلام له فان کانت خالیه من ذلک قال لها تمتعنی نفسک علی کتاب الله وسنته نبیه نکاح غیر سفاح کذاوکذا بکذا وکذا ویبین المهر والاجل

***

(فی عدم جواز المتعه بدون المهرویکفی)

(فی الاجره کونه حقا ومنفعه)

ویومی الی ذلک مارواه عبیدبن زراره عن ابیه عن ابی عبدالله قال ذکرت له المتعه اهی من الاربع فقال تزوج منهن الفا فانهن مستاجرات وفی روایه محمدبن مسلم عن ابی جعفرانما هی مستاجره .

وفی روایه احمدبن محمد بن ابی نصر عن الرضا (ع) قال قلت جعلت فداک اهی من الاربع قال لیست من الاربع انما هی اجاره الحدیث ـ والوجه فی ذلک عدم خلو الاجاره عن الاجره لقوامها بها کماان قوام البیع بالثمن فالاجاره بلاجره مثل البیع بلا ثمن باطل عندالعقلاء ویشعر بوجوب المهر ایضا الروایات الوارده فی تحدیدالمهر من جهته القله کمافی صحیح ابی بصیر قال سالت اباجعفر عن متعه النساء قال حلال وانما یجری فیهاالدرهم فما فوقه .

وفی روایه الاحول عن الصادق(ع) ادنی ما یتزوج بهالمتعه قال کف من بر .

وصحیح محمدبن مسلم قال سالت اباعبدالله (ع) کم المهر یعنی فی المتعه قال ماتراضیا علیهالی ماشاء من الاجل .

وفی روایه علی بن ابی حمزه عن ابی بصیر قال سالت اباعبداله عن ادنی مهرالمتعه ماهوقال کف من طعام دقیق اوسویق اوتمر .

وصحیح یونس عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله (ع) قال ادنی

ما تحل به المتعه قال کف طعام .

وصحیح علی بن رئاب قال سالت اباعبدالله عن المتعه فاخبرنی انها حلال وانه یجری فیها الدرهم فما فوقه .

فان ملاحظه هذه الاخبار یوجب الاطمینان بعدم خلو المتعه عن المهر والالکان علیهم البیان لابیان حد القله ولعمری ان هذه الروایات الاخیره اصرح دلاله من الطائفتین الاولتین خصوصا الاخیره فلاحظ

ثم انه لافرق فیما یکون متمولا بین مایکون عینا خارجیا اوحقا من الحقوق اومنفعه وعملا اوکلیا فی الذمه اوفی المعین کتعلیم السوره والسقی وحق التحجیر وغیرها من الحقوق والمنافع والاعمال کما یجعل ذلک کله اجره فی الاجاره مع التعیین فی الخصوصیات التی یرغب فیها العقلاء واما اعتبار کون الاجره مملوکا للمتمتع اذا کان عینا کما ینسب ذلک الی المشهور حتی لایصح العقد اما بالنسبه الی المتمتع فلان المهر عوض عن البضع ولابدان یخرج العوض عن ملک من یدخل فی ملکه المعوض لاعن ملک غیره والا لم یتحقق المعاوضه واما بالنسبه الی صاحب المال فلاعتبار تعیین الزوج والزوجه فی النکاح فلا یوثر اجازه المالک فی صحه العقد ووقوعه

لکن فیه ان المیزان فی صحه المعاوضه هوصدق المعامله العرفیه فلا یتوقف صدق البیع الی خروج الثمن من ملک من یدخل فی ملکه المثمن وکذا لایتوقف صحه الاجاره علی خروج الاجره عن کیس المستاجر بل ولاالمنتفع مطلقا بل اللازم فی حقیقه الاجاره هووجود

وجود الاجره من اى شخص ولو غير الزوج كما في الاجاره فاذا قال شخص لزيد اجر دارك من عمرو ، وعلى الاجره يصح الاجاره ولايحتاج الى تقدير ملكيه الاجره انا ما للمستاجر ولا للمنتفع - وعلى فرض اعتبار ذلك في الاجاره لايعتبر ذلك في المتعه لعدم كونه اجاره حقيقه في جميع الاحكام والاثار فلو كان التنزيل في جميع الاثار لزم منه بطلان العقد فيما لو مات احدهما في اثناء المده ويلزم منه رجوع المهر الى الزوج بالنسبه الى ما بقى من المده الى غير ذلك من الاثار التي لايتلزمون بها في المتعه ، مما ذكرنا ظهر وجه ما ذكره المصنف من قوله .

ويشترط فيه ان يكون مملوكا معلوما اما بالكيل اوالوزن

اوالمشاهده اوالوصف؛ يتقدر بالمراضاه قل اوكثر ولو كان كفا من بر ويلزم دفعه بالعقد ، وذلك كله عملا بمقتضى العقد الواقع بينهما واعتبار المعلوميه بالموازين المذكوره في الادله الشرعيه كما عرفت بعضا منها وسياتى الكلام فيه وقد عرفت عدم لزوم كون المهر مملوكا للمتمتع واما ما لايكون مالا شرعا كالخمر والخنزير لم يصح لامتناع خلو المتعه عن المال والفرض عدم كونهما مالا شرعا .

وعلى الصحه وجه فيرجع الى القيمه عند المستحل .

واما جعل الخمر مهرا باعتبار ماله عليها من حق التخليل فلا اشكال فيه سواء كان الزوجه مسلمه اوكافره وفي الصوره الثانيه هل تصير مالكه لعينها قبل ان تصير خلا فقد يقال نعم لانها ممن

یصلح له تملک الخمر وتوهم عدم الملک من جهته عدم تحققما یوجب الملکیه قبل التخلیل مدفوعه بان المجعول مهراانما هوالخمر لکن یجب علی من ملکه التخلیل اذاکان مسلماوالخمر للتخلیل یملکه المسلم واما اذاکان المتمتعه ذمیه فلایجب علیه التخلیل والحکم الشرعی هوالفارق بین المسلم والکافر ویتفرع علی ذلک الاشکال علی دفع اجره الذمی اذا عمل للمسلم من الخمر المتخذ للتخلیل .من غیراشکال فی ذلک بحسب القواعد الا ان المشهورعلی الظاهر عدم الصحه .

واما جعل الحق مهراوالقول بانه مرتبه ضعیفه من الملکیه فاذا انتقل الی من یصح له تملک ما تعلق به الحق من العین ـ فیصل الحق بذلک الی المرتبه القویه من مراتب الملکیه کما توهمه بعض الاعلام وهوصاحب الدرر مما لادلیل علیه .

فان الحق شیی غیرالملکیه لاربط لاحدهما بالاخر مع انه لاوجه لترقی المرتبه الضعیفه من الحق حتی تکون مرتبه قویه من مراتب الملکیه .

ولیعلم ان معلومیه المهر من جهته الوزن والکیل فی المکیل والموزون والعد فی مایعد وکذاالمشاهده اوالوصف فیما یشاهد او یوصف علی نحو ما اعتبر فی البیع مثلا الذی قدنهی عنه من جهته الغرر غیرمعلوم فی المقام والقدر المسلم هوعدم خلو المتعه من المهر ای لابد فیه من مهر ما یتمول ولوکان کفا من براوسویق او غیر ذلک کما فی روایه ابی بصیرالمتقدم عن ادنی مهرالمتعه قال

کف من طعام دقیق اوسویق اوتمر .

وکما فی صحیح زراره عن ابی جعفر فی المتعه لابد من ان یصدقها شیئا قل اوکثروالصداق کل شیی تراضیا علیه فی تمتع اوتزویج بغیر متعه .

وکما فی صحیح علی بن رئاب قال سالت ابا عبدالله عن المتعه . فاخبرنی انها حلال وانه یجزی فیها الدرهم فما فوقه .

وکما فی صحیح محمدبن مسلم عن الصادق کم المهر یعنی فی المتعه قال ما تراضیا علیه الی ما شاء من الاجل .

وفی المستدرک عن الحسین بن حمدان الحصینی فی روایه طویله الاجره ماتراضیا علیه من حلقه خاتم اوشسع نعل اوشق تمره الی فوق ذلک من الدراهم الا ان الروایه ضعیفه تخرج شاهدا ".

فالمستفادمن جمیعها هومالیته المهروماتراضیا علیه من المال قل اوکثر فلواصدقها بما فی الکیس من المال ولم یعلم مقداره ونوع مالیته وقیمته الا انه مایبذل بازائه المال عرفا فالعقد صحیح بمقتضی هذه الاخبار من دون احتیاج الی الکیل اوالوزن اوالعد والمشاهده وکذا الوصف ـ واعتبارجمیع ذلک فی البیع ایضا من جهته النهی عن الغرر علی فرض کون معناه هوالمجهول واما علی فرض کون المرادمنه هوالخدعه فی البیع وغیره فلا دلیل علی نفی الجهل بقدرالثمن اوالمثمن فی البیع ایضا فضلا عن المقام الذی دلت الادله فیه علی جواز جعل مایتمول مهرا من دون اشاره فی واحده من النصوص الی اعتبارالکیل والوزن والعدویظهرمن جمیع ذلک عدم

اعتبار شی من ذلک کله فی المقام .

فما فی صحیح اسماعیل بن الفضل الهاشمی قال سالت اباعبدالله من المتعه فقال مهر معلوم الی اجل معلوم ان المراد به المعلومیته العرفیه ای بحیث یصدق علیه عرفا انه معلوم فلادلاله له الی ازید من ذلک کیف وقدعرفت تصریح روایه ابی بصیر وغیره بکف من طعام دقیق اوسویق اوتمر وکل ذلک معلوم عرفا لامن منجهته الوزن والکیل والعد علی نحوما فی البیع فیعلم منه عدم اعتبار المعلومیه من جمیع الجهات المعتبره فی البیع ونحوه علی اشکال فیه ایضا صرح به فی محله

لایقال ان عطف اجل معلوم الی مهرمعلوم یدل علی اتحاد المعلومیه فی کلا الموضوعین بنحو واحد فکما ان الاجل لابدمنتعیینه حتی یبطل فی صوره الجهل به من جهته القله والکثره فکذلک المهر فلا بدفیه من التعیین .

فانه یقال ان معلومیه الاجل قسم خاص من المعلومیه عرفا لایقبل الزیاده والنقصان والاجل المبهم غیرمعلوم عندالعرف بخلاف المهر المبهم الذی له مالیه فانه معلوم من جهته المالیه ولادلیل الی ازید من جهته معلوم المالیه

ثم انه من الواضح عدم لزوم علم الزوجین بمقدار المهروکذا الاجل بل لوتعین فی الواقع عندالوکیل من طرفهما اوالثالث اووقع العقد علی ماهوعلیه من المهر والاجل واقعا صح لکونهما معلومین فی الواقع .

ثم انه ظهر مماذکرناه عدم الاحتیاج الی الکیل والوزن والعد ولا الی المشاهده اوالوصف الرافع للجهاله کمافی البیع وغیره وانه یتقدر بالمراضاه قل اوکثر ولوکان کفا من بر ونحوه مماهو صالح لان یکون مالا وعوضا فی المتعه وذکر الکف من بر من باب المثال من جهته القله لانه لایجوزالتنزل منه الی الادنی بعدحفظ المالیه فما عن الصدوق من تحدیدالقله بدرهم لقول الباقر علیه‌السلام فی خبر عن ابی بصیروانما یجزی منها الدرهم فمافوقه ممالایستفادمنه (بعددلاله خبرالاحول من کفایه کف من بروبعدصحیح یونس الدال بکافیه کف من طعام دقیق اوسویق اوتمر) الانحصار فی مرتبه الاقل فربما یکون قیمه ذلک کله اقل من الدرهم وبعددلاله صحیح محمدبن مسلم علی کفایه ماتراضیا علیه من المال لایبقی شک فی ان المیزان هومایتقدر بالتراضی قل اوکثر بعد حفظ مایتمول تعبدا " مضافا " الی ان اجزاء الدرهم فما فوقه لایدل علی عدم اجزاء اقل من الدرهم الامع القول بالمفهوم وهولایعارض منطوق الروایات الصریحه الصحیحه .

وصحیح موسی بن بکر عن زراره عن ابی جعفر (ع) فی المتعه قال لابدمن ان یصدقهاشیئا قل اوکثروالصداق کل شیی تراضیا علیه فی تمتع اویتزویج بغیرمتعه ولعمری ان المسئله واضحه لایرتاب فیه ذومسکه .

(فی ان العقد مملک)

ویلزم دفعه بالعقد، کما عن المفیدوالمرتضی والقاضی والفاضل

التصريح بذلک قال فی التحرير يجب دفع المهر بالعقد ولو وهبها ايامها قبل الدخول سقط نصفه فان کان قد وهبته المهر ثم وهبها رجع عليها بالنصف ولو دخل استقر المهر باجمعه ان وقت له المده ولو اخلت ببعضها کان له ان يضع من المهر بنسبتها وينسب جميع المهر الی المده لانصفه ولو منعته عن نفسها جميع المده فلا مهر لها بخلاف ما لو وهبها انتهی .

ومقتضی القواعد بناء علی کونها کالمستاجره هو ملکيه العوض بالعقد فکما ان المستاجر يملک العوض بالعقد کذلک هی تستحقها به .

وقد صرح غير واحد من الاصحاب فی باب الاجاره بان المستاجر يملک المنفعه فی اجاره الاعيان والعمل فی اجاره النفس علی الاعمال وکذا الموجر والاجير الاجره بمجرد العقد لکن ليس لکل منهما مطالبه ما ملکه الا بتسليم ما لکه فليس للمستاجر مطالبه المنفعه والعمل الا بعد تسليم الاجره کما انه ليس للموجر والاجير مطالبه الاجره الا بعد تسليم المنفعه فعلی کل من الطرفين وان وجب التسليم لکن لکل منهما الامتناع عنه اذا رای من الاخر الامتناع عنه .

فلا يلزم استفياء المنفعه فی الان الاول ولا لقابليه له دفعه بل اذا استاجر الدار والدابه لمده معلومه وسلم الدار والدابه ما لکهما يجب علی المستاجر دفع جميع الاجره وان کانت فی الواقع منقسمه الی اجزاء الزمان الی اخر المده فلزوم دفع الاجره اليها لو طالبته هو المطابق للقواعد الاوليه فی باب الاجاره وغيرها - لکن يظهر من بعض النصوص الوارده حبس المهر عنها بقدر ما تخلف من

المده الا ایام حیضها .

ففی روایه عمربن حنظله عن ابی عبدالله قال قلت له اتزوج المراه شهرا فاحبس عنها شیئا فقال نعم خذمنها بقدرما تخلفک ان کان نصف شهر فالنصف وان کان ثلثا فالثلث .

وروایته الاخری عنه ع اتزوجالمراه شهرافتریدمنی المهر کملا واتخوفان تخلفنی قال یجوز ان یحبس ما قدرت علیه فانهی خلفتک فخذ منها بقدر ما تخلفک .

والظاهراتحادالروایتین وعدم وجودکلمه (لا) کما فی نسخهالوسائل وفی الوافی بعد نقل الروایه به (لایجوزان تحبس) الی ان قال لفظه لالیست فی بعضالنسخ وهواوفق بما بعده من الاخبار فیکون معنی فخذ منها فاحبس منها کما فی الخبر الاتی ثم روی خبره الاخر الذی رویناه اولا وقدیقال بارجاع الضمیر الی مابقی من المهر عنده ای خذ من الباقی عندک بقدرما تخلفتک لکنه بعید.

ویوء یدعدم وجود کلمه (لا) صحیح بن حنظله قال قلت لابیعبدالله اتزوج المراه شهرا بشیی مسمی فتاتی بعضالشهرولاتفی ببعض قال تحبس عنها من صداقها مقدارما احتبست عنک الا ایام حیضها فانها لها.

وموثقه اسحق بن عمار قال قلت لابی الحسن یتزوجالمراه متعه یشترط له ان تاتیه کل یوم حتی توفیه شرطه اویشترط ایاما معلومه تاتیه فتعذر به فلا تاتیه علی ماشرطه علیها فهل یصلح له ان یحاسبها علی مالم تاته من الایام فیحبس عنها بحساب ذلک قال نعم ینظر الی ماقطعت من الشرط فیحبس عنها من مهرها مقدارما لمتف ماله

خلا ایام الطمث فانها لها ولایکون لها الا ما احل له فرجها .

(فی عدم وجوب تسلیم جمیع المهر)

(مع خوف عدم الوفاء بالمده)

وجه الجمع بین هذه الروایات والقاعده المتقدمه هو وجوب التسلیم الامع خوف عدم التسلیم کما فی مورد الروایات ومن المعلوم کما فی باب الاجاره عدم وجوب تسلیم الاجره الامع تسلیم العمل فمع التعاسر یتقاصان ولایجب تسلیم احدهما قبل تسلیم الاخر .

ولو رهبها المده قبل الدخول لزمه النصف کما هو المشهور بل عن جامع المقاصد اجماع الاصحاب علیه وهو مقطوع به کما عن محکی کشف اللثام وعلیه الاجماع ویدل علیه مضافا الی ما ذکر .

مقطوعه زرعه عن سماعه قال سالته عن رجل تزوج جاریه و تمتع بها ثم جعلته من صداقها فی حل هل یجوز ان یدخل بها قبل ان یعطیها شیئا قال نعم اذا جعلته فی حل فقد قبضته منه فان خلاها قبل ان یدخل بها ردت المراه علی الرجل نصف الصداق .

ولیعلم ان الهبته فی الحقیقه انما هو یرجع الی اسقاط حق الاستحقاق الثابت فعلا للمستحق وان تاخر ما یستحقه منها کما فی ابراء الاجیر مما یستحق علیه المستاجر فی الزمان المتاخر فالدغدغه من جهته عدم صدق الهبته فی المقام فی غیر محله .

ثم انه بعد تصویر الهبته بنحو ما ذکرناه ودلاله الروایه علیه لشمول الخبر وکلام الاصحاب صوره هبته جمیع المده او بعضها کما هو

مصرح به فی کلام غیرواحد من الاصحاب والمراد من جمیع المده التی یمکن هبته بعد الملک ومن المعلوم مضی زمان ولو قلیلا من اوله فلا یراد منه جمیع المده فلا یمکن هبته الجمیع فی المده المتصله ومورد النص مطلق من جهته هبته البعض او الجمیع فلا فرق بین هبته الکل والبعض بعدصحته اسقاط مثل هذا الحق .

ثم ان استثناء ایام الحیض کما فی صحیح عمر بن حنظله من صوره حبس المهر بقدر ما تخلف من المده هل هو من باب التمثیل للقدر الشرعی مطلقا فلایفرق فیه بین الحیض والمرض الذی یضر معه الوطی فلو اخلت ببعض المده للعذر الشرعی غیر الحیض من جهته حفظ النفس او العرض او المال اوغیر ذلک لم یکن له ما قابل تلک المده من المهر، او من باب العذر العادی فلاوجه لاستثناء غیر الحیض ومقتضی الاجاره ایضا هو استحقاق تسلیم العوض مع تسلیم المعوض فمع عدم التسلیم ولو لعذر شرعی لاتستحق بذلک شیئا علیه مما قابله کما انه لو عقد ها ایاما ثلثه صادفت الحیض کلها فالمتعته اذا کانت لاجل الاستمتاع من قبلها یحکم ببطلانها .

وکذا الکلام فی العذر العقلی ایضا کما لو کان اخلالها ببعض المده لعذر عقلی لاتقدر معه علی المجیی فیها کما اذا حبسها ظالم اومرضت بحیث لاتقدر علی الحرکه وذلک لا لاجل عدم صدق التخلف عرفا معه بل لاجل عدم تسلیم المعوض فی قبال العوض الذی هو قوام الاجاره والمتعته ایضا کذلک من بعض الجهات فلاوجه لما ذکره بعض الاعلام من الاستحقاق فی صوره کون العذر عقلیا " ـ وکذا الکلام اذا عقد

علیها شهرا بایامها دون لیالیها وصادف جمیع الشهراوبعضه شهر رمضان فان العذر وان کان شرعیا الا ان عقدالمتعته مبنیه علی الاستماع الممنوع شرعا فی تلک المده فتحکم ببطلان العقدفی صوره مصادفه جمیع المده شهر رمضان فیمااذاکان الزوج مسافرا فیه دونها وکان المتعته للوطی وکذا فی المده التی شرط فیه الاستمتاع ولم یتمکن منه لاجل عدم وفاء الزوجه بهاولو لعذر شرعی .

واما تلف اوقات الامور العادیه من الاکل والشرب والنوم والتنظف للزوج وغیره وکذاالصلوات الیومیه وغیرها من الامور التی یبتلی بها جمیع الناس غالبا فهی مستثناه لقضاء العاده به لامن جهته الدلیل الشرعی علیه ثم انه بناء علی ماذکر لایبقی وجه لاستثناء ماذکر بل یعم جمیع الموارد من الاوقات التی یحرم علیه وطی الزوجه کما اذا عقدها فی الایام الخاصه التی صادفت ایام احرامها الی غیر ذلک کما سیجئی البحث عن ذلک کله عن قریب .

ثم ان اطلاق موثقه سماعه بقوله فان خلاها قبل ان یدخل بها ردت المراه علی الرجل نصف الصداق ـ عدم الفرق بین هبته جمیع المده الباقیه اوهبته بعض المده ومضی بعض اخرمع عدم الدخول کان یهبها عقیب العقد علی شهرین شهرا دون اخرولم یدخل بها حتی مضت المده المضروبه وکذا اذاوهبها مقدارا من المده و قد یبقی اکثرمن النصف حتی مضت ولم یدخل بها والذی یستفاد من اطلاقها انما هوالتنصیف اذالم یدخل بها ووهبها المده سواء کان جمیعها او

بعضا" منها فهبته المده بمنزله استیفائها له فی الحقیقه ولا ینافی ذلک کونها ممکنه له ولا تقصیر من قبلها کل ذلک لاطلاق الدلیل .

ثم انه یستفاد مما ذکر ثبوت نصف المهر فیما اذا کان المانع من الدخول حیضا حتی خرجت المده وقد عرفت انه فی صوره مصادفه جمیع ایام المتعه ایام الحیض یحکم بالبطلان راسا اذا کان الغرض والشرط هو الوطی قبلا" .

کما انه یقوی السقوط بالنسبه مع امتناعها بالاختیار راسا" لضروره ملجئته لها لحفظ مال او عرض او نفس لصدق انها لم تف له بالمده کما فی کشف اللثام - بل لو لم یکن له دلیل فی العقد الدائم لقلنا به فیه ایضا فلا بد من معامله الاستیجار فی ایام المده بالنسبه الی التخلف وعدمه وبالنسبه الی الوفاء بالشرط وعدمه ومن ذلک یظهر الحکم بالسقوط قبل الدخول فی صوره موت احد الزوجین کما فی صوره موت الدابه المستاجره کما احتمله فی القواعد فی قبال عدم السقوط وقربه وجزم به ثانی الشهیدین لکن المستفاد من القواعد هو السقوط بالنسبه او کلا فی صوره عدم الاستمتاع منها اصلا کما فی صوره الامتناع کلا او بعضا ولیس ثبوت المهر فی المقام تعبدا" صرفا حتی یقال بعدم الدلیل علی التقسیط بل الدلیل بالعکس فالمقتضی هو السقوط الا ان یدل دلیل علی عدمه والفرض عدمه والروایات السابقه ایضا یوید السقوط .

ولودخل استقرالمهر بشرط الوفاء بالمده ، والمراد منه تمکینها الزوج من نفسها فی المده المشروطه وظاهراطلاق کلامهم عدم الفرق فی ذلک بین هبته البقیه ـ اوالبعض منها فما عن المحکی من جامع المقاصد التردد فی ذلک فی صوره الهبه فی سقوط المهر بالنسبه لیس فی محله

نعم لواخلت ببعضها کان له ان یضع عن المهرنسبتها ، بحیث لوکان للاوقات دخل فی خصوصیه الاستمتاع من اللیل اوالنهار فلابد من ملاحظه جمیع ذلک لا التقسیم ان نصفا فنصف وان ثلثا فثلث والظاهر انه فی صوره عدم الفرق المحسوس فی اجزاء الزمان وکلماتهم ینزل علی ذلک .

ثم انه مضافا الی کون الوضع فی صوره الاخلال هو المطابق للقواعد فی باب الاجاره وغیرها یدل علیه من النصوص روایات ـ منها .

موثقه اسحق بن عمار قال قلت لابی الحسن(ع) یتزوج المراه متعته تشترط له ان تاتیه کل یوم توفیه شرطه او یشترط ایاما معلومه تاتیه فتعذر به فلا تاتیه علی ما شرطه علیها فهل یصلح له ان یحاسبها علی مالم تاته من الایام فیحبس عنها بحساب ذلک قال نعم ینظر الی ما قطعت من الشرط فیحبس عنها من مهرها مقدار مالم تف ماله الا ایام الطمث فانها لها ولایکون لها الا ما احل له فرجها .

وصحیح صفوان بن یحیی عن عمر بن حنظلته قال قلت لابیعبدالله

اتزوج المراه شهرا بشيي مسمى فياتي ببعض الشهر ولاتفي ببعض قال تحبس عنها من صداقها مقدار ما احتبست عنك الايام حيضها فانها لها - وتقدم اخبار اخرفي ذلك المضمار .

ثم الظاهر من الروايات عدم اختصاص الحبس بصوره التخلف عن الوطي فقط كما استظهره صاحب الجواهر بل يعم كل شرط لم تف به وتخلفت عنه فان الاغراض ربما لايقف على الوطي فقط بل علي النظر واللمس والقبله وغيرها من الامور التي يتوقف الاستمتاع عليها ويحصل بها - فما يظهر من التحرير من الاشكال فيه من ذلك ومن نقصان الاستمتاع اشكال في موقعه

ولوتبين فساد العقد اما بان ظهر لها زوج اوكانت اخت زوجته او امها وما شاكل ذلك من موجبات الفسخ ولم يكن دخل بها فلامهر لها ولوقبضته كان له استعادته ولوتبين ذلك بعدالدخول كان له ما اخذت وليس عليه تسليم مابقي ولو قيل لها المهران كانت جاهله ويستعاد ما اخذت ان كانت عالمه كان حسنا " .

والكلام في المقام تاره بالنسبه الي فساد العقد من اي جهته كانت بان ظهر لها زوج اوكونها بنتا اواختا له ولورضاعا او اخت زوجته او امها ولورضاعا اوتبين كونها في عده الغير اومن المحرمات الابديه له اوما شاكل ذلك من العناوين فلا بد في مثل ذلك من الحكم بالانفساخ .

واخرى في حكم الدخول وعدمه فاذا لم يدخل بها فلا مهرلها وان

استمتع بها من اللمس والتقبیل هذا اذا لم یکن العقد لاجل اللمس والتقبیل فانه اذا کان لهما یثبت بذلک جمیع المهر.

ولو قبضته کان له الاستعاده اذا کان الصیغته للدخول - واما اذا اظهر فساد العقد بعد الدخول فمقتضی القواعد مع جهلها ثبوت مهر المثل لعدم کون الوطی والبضع بلا عوض ومع العلم بکونه زنا لایثبت لها الشیی من المهر لکونها بغیا" لکن قیل کما عن محکی المقنعه والنهایه ویب والمهذب کان لها مااخذت ولیس علیه تسلیم ما بقی من غیر فرق بین العالمه والجاهله والمستند فی ذلک صحیح ابن ابی عمیر عن حفص بن البختری عن ابیعبدالله (ع) قال اذا بقی علیه شیی من المهر وعلم ان لها زوجا فما اخذته فلها بما استحل من فرجها ویحبس علیها مابقی عنده ظاهر مااستدالیه هذا القول عدم الفرق فیما اخذته ان یکون جمیع المهر اونصفه الی غیر ذلک من الشقوق لکن الالتزام به مشکل فی صوره علم المراه بالزنا لانها بغی ولا مهر لبغی کما فی عده من الروایات مضافا الی مکاتبه الریان ابن شبیب الیه یعنی ابالحسن(ع) الرجل یتزوج المراه متعته بمهر الی اجل معلوم واعطاها بعض مهرها واخرته بالباقی ثم دخل بها وعلم بعددخوله بها قبل ان یوفیها باقی مهرها انها زوجته نفسها ولها زوج مقیم معها ایجوزله حبس باقی مهرها ام لایجوز فکتب لایعطیها شیئا لانها عصت الله عزوجل .

والظاهر من عدم اعطائه شیئا انه اذا اعطاها یجوزله استقاذها منها لعدم تملکها علی وجه شرعی حتی لایمکن شرعا اخذه منها بل

اخذتها من غيروجه على الملكيه فلاوجه لحملها على صوره عدم اعطاء البقيه .

والمستفاد من التعليل ايضا ذلک فلا بد من حمل صحيح ابن ابي عمير على صوره الجهل وان مادفعه اليها كان بمقدار مهر المثل او بغير ذلک من التاويلات .

ومن اجل عدم انطباقها بشيي من القواعد تردد المحقق فيه وقال ولو قيل لها المهران كانت جاهله ويستعاد مااخذت ان كانت عالمته كان حسنا لكون الوطي شبهته في الصوره الاولى فلا وجه لاسقاط شيي من المهر ولكون الوطي زناء في الثانيه فلا وجه لاثبات شيي منه لكونها بغيا وعدم المهر لها حتى يحكم عليها بالضمان في صوره الاتلاف .

****

(الشروع ۱۸ شوال ۱۳۹۱)

اما الاجل فهو شرط فی عقدالمتعه ولو لم یذکره انعقد دائما قد تقدم مناسابقا ان المتعه نوع اجاره فلا بد فی صحتها من الاجل والاجره فذکرهما فی العقد من المسلمات اجماعا نقلا وتحصیلا وبالنصوص المتقدمه فی بیان لزوم الاجره .

لکن وقع النزاع بین الاعلام فی ان عدم ذکرالاجل یوجب بطلان المتعه مع قصدها وتبدیلها الی الدوام علی قولین ذهب الی کل واحد منهما جماعته من الاصحاب .

قال الشیخ علی ماحکی عنه فی المختلف ینعقد دائما وتبعه ابن البراج وابن زهره وقال ابن ادریس یبطل العقد وهوالذی کان یفتی به والدی رحمه الله وهوالمعتمد لنا ان المتعه شرطها الاجل فاذا فات بطل العقد لبطلان الشرط انتهی .

قال فی المبسوط نکاح المتعه عندنا صحیح مباح فی الشریعه وصورته ان یعقد علیها مده معلومه بمهر معلوم فان کانت المده مجهوله لم یصح وان لم یذکر المهر لم یصح العقد وبهذین الشرطین یتمیز من نکاح الدوام وخالف جمیع فقهاء وقتنا فی اباحه ذلک انتهی .

قال فی الخلاف نکاح المتعه عندنا مباح جائز وصورته ان یعقد علیها مده معلومه بمهر معلوم فان لم یذکر المده کان النکاح دائما وان یعقد علیها مده معلومه بمهر معلوم فان لم یذکر المده کان النکاح

دائما وان ذكرالاجل ولم يذكر المهر بطل العقد ـ وان ذكر مده مجهوله لم يصح على الصحيح من المذهب وبه قال على عليه الصلوه والسلام انتهى .

قال ابن ادريس اجماع اصحابنا حجته على اباحه هذا النكاح وهو ماقدمنا ذكره من عقد الرجل على امراه مده معلومه بمهر معلوم ولابد من هذين الشرطين فان لم يذكر المده كان النكاح دائما اذا كان الايجاب بلفظ التزويج او النكاح على ماحررنا فيما تقدم فان كان بلفظ التمتع بطل العقد وان ذكر الاجل ولم يذكر المهر بطل النكاح وان ذكر مده مجهوله لم يصح العقد، على الصحيح من المذهب ـ هذا القول عن ابن ادريس مخالف لما ذكره العلامه في المختلف عنه كما تقدم .

قال العلامه في القواعد (الاجل) وذكره شرط فيه ويشترط فيه اليقين بما لايحتمل الزياده والنقصان فلا يتقدر قله وكثره ولو اخل به بطل (وقيل) ينعقد دائما انتهى .

والعمده في المسئله هوالرجوع الى الروايات .

ففي صحيح زراره لاتكون متعه الا بامرين اجل مسمى واجر مسمى ـ فمع الاخلال باحد الشرطين لايتحقق المتعه وفي روايه اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال سالت ابا عبدالله (ع) من المتعه فقال مهر معلوم الى اجل معلوم .

وموثقه سماعه عن ابي بصير قال لابد من ان تقول فيه هذه الشروط اتزوجک متعه كذا وكذا يوما بكذا وكذا درهما الحديث وفي قبال هذه

الروايات موثقه - ابن بكير قال قال ابوعبدالله (ع) في حديث ان سمي الاجل فهومتعه وان لم يسم الاجل فهو نكاح بات.

لكن الظاهر عنها مع قطع النظر عن اختلاف النسخه - وفي بعضها نكاح بان بدل بات) ليس فيها تصريح بانهما ارادا المتعه واخلا بالاجل بل مضمونها ان النكاح مع الاجل متعته وبدون الاجل دوام ولا نزاع فيه كما اعترف به غيرواحد.

نعم في روايه قاصره السند - في الكافي عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن عمربن عثمان عن ابراهيم بن المفضل عن ابان بن تغلب وعن علي بن محمدوعن سهل بن زياد عن اسماعيل بن مهران ومحمدبن اسلم عن ابراهيم بن المفضل عن ابان بن تغلب في حديث صيغته المتعه انه قال لابي عبدالله فاني لاستحيي ان اذكر شرط الايام قال هواضر عليك قلت وكيف قال لانك ان لم تشرط كان تزويج مقام ولزمتك النفقه - في العده وكانت وارثا ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنه - وفي روايه هشام بن سالم قال قلت لابي عبدالله اتزوج امراه متعته مر ه مبهمه قال فقال ذاك اشدعليك ترثها وترثك ولا يجوز ذلك ان تطلقها الاعلى طهروشاهدين الحديث وذكرالشهيدقده في النكت عدم قابليه الاولى للتاويل وليس كذلك لامكان ان يكون المراد اثبات الاضريه بالاضافه الى ظاهرالشريعه بمعنى ان المراه لوادعت الدوام واثبت ذكرالالفاظ بدون الاجل في الاحتجاج على الرجل في ظاهر الشرع عندالمحاكمه لدى القاضي يوخذ على الرجل باحكام الدوام من النفقه والكسوه وسايراحكام الدائمه واما روايه هشام

فهی ضعیفه السند بموسی بن سعدان وعبدالله بن القاسم ولولاه لکانت اصرح من غیرها باعتبار قوله وترثه الظاهر فی بیان الحکم الواقعی فان ارثها منه لدی الظاهر الا ان ارثه منها لیس کذلک الا انه ایضا باعتبار الظاهر بعد انعقاد العقد وحکم الحاکم ولایلازم ذلک ثبوت الزوجیه الدائمه بینه وبین الله تعالی بل یجری علیها احکام الزوجیه المتمتع بها فی نفس امر.

وفی المقام احتمال اخر فی الروایتین وهو ان عدم ذکر الاجل وجعله مبهما والاستحیاء الموجب له علی العدول من الموءجل الی الدوام المانع من التلفظ بذکر الاجل حتی قال فی مقام الاداء بلفظ العقد اتزوجک دائما لامتعه اوقال اتزوجک علی کتاب الله وسنته رسوله الظاهر فی الدوام الی غیر ذلک من الالفاظ الداله صریحا اوظاهرا علی الدوام دون المتعه ومعه لایبقی وجه للحمل علی المتعه والباعث علی ذلک حیائه من المرائه ومع الاحتمال فی الروایات کیف یمکن القول برفع الید بها عن الادله الداله علی ان العقود تابعه للقصود وعلی ماقیل من الادله الداله علی ان الدوام ایضا لابد فیه من قصد الدوام ولو بنحو الاجمال اوعلی ماهو علیه الناس فی عقودهم وکیف یمکن ان یقال انه مع نسیان ذکر الاجل یصیر العقد دائما للزوم الانقلاب القهری بواسطه الروایتین المتقدمتین وایجابه الاحکام الشاقه مع اعتراف الطرفین بقصد المتعه ان هذا الا اختلاق مع مخالفته للادله العقلیه .

واما القول بانه ان وقع بلفظ التزویج والنکاح انقلب دائما

وبلفظ التمتع بطل کما تقدم نقله عن ابن ادریس فهوقول لایوافق علیه الادله بل الادله مع ملاحظه ماذکرناه یقتضی کون العقدتابعا للقصد من دون فرق بین الالفاظ وان اللفظ حاک عن المعنی وهو العقد فی الحقیقه

والذی یمکن ان یقال وهو یوضح المراد من الروایات الوارده فی بیان المتعه وتوقفها علی ذکرالاجل والمهر ان المرادبالذکر هوالاشتراط کماصرح به فی روایه ابان السابقه بقوله لانک ان لم تشترط کان تزویج مقام کماصرح به فیهاان المتعه لاتکون الاباجل معلوم ومهرمعلوم اوباجل مسمی ومهرمسمی .

ومن الواضح عدم مدخلیه الذکر واللفظ فی ذلک فمع المقاوله السابقه ایضا یصدق ان الاجل والمهر معلوم من الزیادهوالنقصان وببیان اخران الادله الوارده فی اعتبارذکرالاجل والتسمیه بالمهر والاجل وکونهما معلومین انماهوبصددبیان الفرق بینها وبین الدائمه وانه لایحتاج تحققه فی الخارج ونفس الامرالی قصد شی من ذلک واشتراطه بخلاف المتعه فانه لابد فیها من الاشتراط بان یکون معلوما من جهته الاجل والمهر المسمی بحیث لایقع بعده نزاع فی الزیاده والنقصان وفی کون العقد دائما اومنقطعا .

اضف الی ذلک ان روایه ابان وسایرالروایات الوارده فی هذا المضمار من التصریح فی نفس العقد بقوله کیف اقول لها اذاخلوت بها قال تقول اتزوجک متعه علی کتاب الله وسنه نبیه لاوارثه ولا موروثه کذاوکذا یوما وان شیئت کذاوکذا سنته بکذاوکذا درهما او

وتسمی من الاجر ماتراضیتما علیه قلیلا کان اوکثیرا فاذا قالت نعم فقد رضیت وهی امراتک وانت اولی الناس بها قلت فانی استحیی ان اذکر شرط الایام قال هواضر علیک قلت کیف قال لانک ان لم تشترط کان تزویج مقام ولزمتک النفقه فی العده وکانت وارثه لم تقدر علی ان تطلقها الاطلاق السنه - وسایرالروایات انما یراد بها اراده التصریح لئلا یقع نزاع فی البین حتی یحتاج الی اقامه البینه ویوخذ بقول المراه ظاهرا الی ان یثبت خلافه علی المتعه .

وایضا ان المراد من الاستحیاء عن ذکرالاجل بعدالتصریح بالمتعه فی اول الروایه بقوله (اتزوجک متعه) لیس هوالاستحیاء عن ذکرلفظ الاجل اذلامعنی للاستحیاء بعد التصریح بالمتعه بل الاستحیاء انما هوالاستحیاء من الاشتراط ای المتعه وکان قصده المتعه لکن اخذه الحیاء من التصریح بذلک حتی عقد علیها العقد دواما " کسائر الزوجات وسایرالعقود ای اخذه الاستحیاء عن التصریح والقرار باشتراط المتعه ومن المعلوم انه فی هذه الصوره یکون العقد دائما مطابقا للقوا عدوانکان ارادته المتعه الا انه اخذه الحیاء وقرالعقد علی ماهوعلیه من الدوام فاراد امراسابقا وقرر امرا " اخرفی مقام انعقادالقرار .

ومن الاخبار روایه سلیمان بن سالم عن ابن بکیر قال قال ابو عبدالله اذا اشترطت علی المراه شروط المتعه فرضیت به واوجبت التزویج فاردد علیها شرطک الاول بعدالنکاح فان اجازته فقد جاز وان لم تجزه فلایجوز علیها ماکان من شرط قبل النکاح - وهذه الروایه

بصدد بیان ان الشروط السابقه علی العقدوالقرار لا اعتبار بها مالم یقع العقد والقرار مبینا " علیها فاذا اوجبت العقد علی الشروط السابقه صحت الشروط ویجب الوفاء بها والافلایجب الوفاء بها - وبالجمله یدور الامر مدار القرار فینفذ اذا کان فی متن العقد والا فلاینفذ.

واحتمل فی الوسائل ان یکون المراد من الجواز هو غیراللزوم ولایبعد ذلک ایضا فان الشروط السابقه علی العقد اذالم یصرح به ولم تشترط فی متن العقد یکون اجنبیا عن العقد ولایلزم الوفاء به امالاجل عدم لزوم الوفاء بالشرط المستقل عن الدوام لاجل انه لم یکن حقیقه شرط فی البین بل کان مقاوله حتی ینجرالی الالتزام به بسبب العقد- والمراد من الشروط ظاهرا هی الشروط الخارجه عن حقیقه المتعه لا الشروط التی لها دخل فی حقیقه المتعه کالاجل مثلا اومطلق یشمل الاجل ایضا " .

وموثقه ابن ابی عمیر عن ابن بکیر قال قال ابوعبدالله ماکان من شرط قبل النکاح هدمه النکاح وماکان بعدالنکاح فهوجایزوقال ان سمی الاجل فهومتعه وان لم یسلم الاجل فهونکاح بات .

تقدم الکلام فی ذیل الروایه والمرادمن الصدران الشروط السابقه علی العقد هدمه النکاح لعدم انعقادالقرارعلیها وتشترط فی متن العقد ولایجب الوفاء به کمافی سایرالشروط .

وصحیح بن رئاب عن محمدقال سالت اباعبدالله علیه السلام عن قول

الله تعالی ولاجناح علیکم فیما تراضیتم به من بعدالفریضه(۱) قال ماکان بعدالنکاح فهو جایز وماکان قبل النکاح فلا یجوز الا برضاها وبشی یعطیها فترضی به - قال فی الوافی بعدنقل الروایه (بیان الا برضاها ای بعدالنکاح) وانت تعلم عدم الاحتیاج الی هذا التوجیه فاذا رضیت بالشروط السابقه وقررت فی متن العقد تنفذ والا فلا تنفذ والمراد من الجواز وعدمه هوالنفوذوعدمه ای الجوازالوضعی فی جمیع هذه الطائفه من الروایات الوارده حول الایه الکریمه ولاربط لها بترک الاجل ذکره فی متن العقد - کما سیجی فی مسئله ردالشروط فی النکاح متعه اودواما فهو مسئله اخری غیرمسئله ذکر شرط الاجل وعدمه فی متن العقد کماسیجی وینبغی ان یعلم انه لا اشکال فی صحه المتعه اذاکان المهروالاجل معلومین عندالوکیل تام الاختیار فی تعیین المهروالاجل اویکون عند الواقع علی ترتیب خاص معلوما وان لم یعلم ظاهرا" المتعاقدان فالمعتبر هوالمعلوم واقعا وفی نفس الامر.

وینبغی ان یعلم ایضا ان اعتبارالعلم بالمهروبالاجل فی متن العقد من جهته التعبد والالم یکن مانع عن الرجوع الی مهرمثل هذه الزوجه فی المتعه ایضا کمافی مهرالدوام وهوغیرخلوالعقد عن المهر.

وینبغی ان یعلم ایضا ان المتعه فی جمیع الاحکام مثل الاجاره من غیرفرق بینها وبین المتعه الاماخرج بالدلیل ومایعتبرفی ماهیه الاجاره یعتبر فی ماهیه المتعه.

۱- آیه ۲۴ سوره النساء

وتقدیرالاجل الیهما طال اوقصرکالسنه والشهرواالیوم لاطلاق الادله المقتضیه للصحه من دون تعرض فیها لقله المده وکثرتها بل یحکم بالصحه علی ماشاء من الاجل قل اوکثر.

لکن عن ظاهرالوسیله لابن حمزه من تقدیرالاجل من جهته القله بما بین طلوع الشمس والزوال والظاهر عدم الدلیل علیه والقله اراد المثال.

وقدیناقش فی طرف الکثره من جواز جعله الی وقت طویل یعلم عاده عدم بقائهما الیه کما فی المسالک وکشف اللثام وغیرهما لانصراف الادله والمراد انهما جوزا ذلک فی مدت طویله لا انهما ناقشا فی ذلک. وصرف عدم منافاه الموت لها لایجدی بعد صدق الانصراف ولیس هذا الانصراف بدویا "حتی یقال بعدم کونه مضرا بعد حفظ اطلاق الدلیل بل الشک فی مشروعیه ذلک من اول الامرخصوصا مع عدم صحه ذلک فی مثل الاجازه المشبهه بها المتعه.

وامکان القول بالتوزیع فی الاجاره باعتبارجنس المنفعه واستیفائها لا یجوز القول بها فی المتعه لعدم تحقق جنس المنفعه فیها عرفا بل لعدم امکان الاستمتاع فیها.

وکذلک الکلام من جهته قله المده وللجماع ونحوه من اللمس والنظر بشهوه واللمس کذلک لعدم امکان الاستمتاع فیها وسلب حقیقه الاستمتاع عن المتعه معلوم البطلان فلا بد ان یکون الزمان المضروب مما یتسع للاستمتاع حتی یترتب علیه سایراحکامه من احکام المصاهره وغیرها ومن المعلوم عدم امکان قصد ترتب الاثارمن دون

قصد تحقق الموضوع فلذا لو عقد علی الصغیره مع عدم تمشی الاستمتاع الشهوانی منها اوعدم تسلیم الطرف للاستمتاع اصلالایتحقق عقدالمتعه فلابد فی صحه عقدالمتعه علی الصغیره ان تکون قابله للاستمتاع بها ولوبادخال زمن یمکن الاستمتاع منها فیه ولا تمنع بعدانعقادالعقد من الاستمتاع فان لم یجزوطیها یجوزتقبیلها ولمسها الی غیر ذلک من الاستمتاعات من الصغیره فمجردعدم جواز وطیها لا یمنع من الاستمتاع فالمیزان هوامکان تحقق الاستمتاع سواء تحقق فی الخارج ام لاوسواء جازالوطی ام لا فالمانع عدم امکان الاستمتاع وعدم القدره علیه خارجا" مع العلم بذلک فی زمان العقد کمن کان بینه وبین المتمتعه فاصله مکانیه لایمکن الاستمتاع فیها بها اذلایمکن الحکم بالصحه کمافی الصغیره الرضیعه لاجل ترتب احکام المصاهره المرسوم فی الازمنه الاخیره بین العوام من دون توجه بذلک .

نعم مع الحاق زمان یمکن الاستمتاع فیهافیه فلا مانع من الصحه ولوکان الزمان بعیدا" عن حین العقد.

ولابدان یکون معینا محروسا من الزیاده والنقصان ، قال فی الجواهر متفرعا" علی مافی المتن مالفظه فلایجوز ان یکون کلیا کشهر من الشهور ویوم من الایام وسنه من السنین ولاغیرمحروس من الزیاده والنقصان کقدوم الحاج وادراک الثمره ونحوهما مما یمکن فیه طول الزمان وقصره المودی الی الجهاله عندالمتعاقدین انتهی .

ولایخفی مافیه فان الدلیل الدال علی تعین الاجل هوالدلیل الدال علی تعیین المهر بقوله باجل معلوم ومهر معلوم فکما لا مانع ولا اشکال فی تعیین المهر علی النحوالکلی کذلک لامانع من تعیین الاجل بهذاالنحو فاذالم یضر الکلیه فی المهر کذلک لایضر فی الاجل بحیث یکون محروسا من الزیاده والنقصان کالشهر الکلی فی مده الاجاره خصوصا مع عدم اعتبارالاتصال بزمان العقد کماسیجیئ وتعیین الشهراوالسنه اوالیوم واللیله الیها لعدم المانع من ذلک بعدکونه معنیا عندالمتعاقدین والادله لایقتضی ازید من ذلک کمافی الاجاره واما مسئله التعلیق علی قدوم الحاج فهوایضا علی وجهین فتاره یکون قدوم الحاج اجلا لاول زمان العقد واخری یکون اجلا لاخر مده المتعه .

اماالصوره الاولی فلا مانع منه والکلام هوالکلام فی الاجل الکلی فان قدوم الحاج معین معلوم فی الواقع کمافی التعلیق ابتداء مده الاجاره الی مجئی زیداوقدوم الحاج .

واماالصوره الثانیه وهی کون قدوم الحاج اجلا لاخر مدهالاجاره والمتعه فلایصح لاحتمال الزیاده والنقصان المتعلق لاغراض العقلا من جهته المهروالمده والفراق بالزوج والاشتغال به واعبائه واما تعین الاجل بالساعه والساعتین المعمول عندهذه الازمنهفلامانع منه سواء کان بالنحوالجزئی اوالکلی لعدمتطرق الزیاده والنقصان فی ذلک کماهوظاهر. الا انه یمکن ان یقال ان تعیین الاجل ظاهر فی التعیینالشخصی لاالکلی .

ولواقتصر علی بعض یوم جاز بشرط ان یقرنه بغایه معلومه کالزوال والغروب وتعیین بعض الیوم ایضا اما ان یکون لیوم معین متصلا بالعقد او منفصلا کما سیاتی او بعض الیوم الکلی الی الزوال او الی الغروب الی غیر ذلک مما لامانع منه بعد کون الاجل معینا علی نحو ما تقدم ـ ومع اشتباه الحال طریقه الاحتیاط واضحه مع جریان الاستصحاب فی بعض الاقسام .

ویجوز ان یعین شهرا متصلا بالعقد او متاخرا عنه ولو اطلق اقتضی الاتصال بالعقد ولو ترکها حتی انقضی قدر الاجل المسمی خرجت عن عقده واستقر لها الاجره

مضافا الی اطلاق الادله وتشبیهها لها بالاجاره فی جمیع الاحکام الا ما خرج بالدلیل وصرح بعدم اعتبار الاتصال جماعه منهم المصنف والعلامه وجماعه من المتاخرین ولایخفی انه مع تعیین الاجل وابتدائه فی زمان کذا او انتهائه الی زمان خاص یترتب علیها احکام الزوجه المتمتع بها فی ذلک الزمان دون ما تقدم ودون ما تاخر لعدم کونها ذات بعل فی الزمان الذی قبل زمان الاجل فعلیه یجوز لها التزویج قبل وصول المده المضروبه کما یجوز اجاره الدار قبل مجئ زمان مده الاجاره المضروبه السابقه زمانا من جهته ایجاد العقد المتاخر من جهته زمان مده الاجاره فمع عدم المنع عنه فی الاجاره لایمنع عنها فی المتعه کما صرح به غیر واحد من الاصحاب کصاحب الریاض وغیره .

قال شیخنا الاعظم ثم علی تقدیر الانفصال هل یجوز للمراه ان تتزوج بغیره فیما قبل المده لایبعد الجواز فعلا نعم یشترط ان یکون ماقبل الاجل قابلا لزمان العقد المنقطع وعدمه انتهی .

ولقد اجاد فیما ذُکره الا انه قال بعد ذلک ثم ان جواز التاخیر انما هو مع تعیین الشهر کان یقول الشهر الفلانی الاتی اما لو قال شهرا مثلا وقیده بالمنفصل عن زمان العقد ولم یبین الشهر فالظاهر عدم الصحه لعدم کونه معلوما وبطلان مثل هذا فی الاجاره فکذا فیما هو بمنزله الاجاره بناء علی ان عموم المنزله تقتضی تساوی الشیئین فی جمیع الاحکام انتهی .

ویرد علیه اما اولا انه لم یرد دلیل علی عموم المنزله من الشرع حتی یحکم بتساوی المتعه والاجاره من جمیع الجهات الاما خرج بالدلیل بل الدلیل فی المقام هو قضاء العرف بذلک فانها ایضا نوع اجاره لا استمتاع من البضع

واما ثانیا فلما یصح تعیین مده الاجاره من الزمان الکلی القابل للانطباق علی بعض الزمان کالشهر الکلی والاسبوع الکلی والیوم کذلک لامانع منه فی المتعه ایضا ولایمنع منه غرر بعد بیانها فی الزمان الاتی کما لایمنع منه غرر فی الاجاره لقضاء العرف بذلک حیث یاجرون ویستاجرون علی هذا المنوال .

واما ثالثا بان الایراد بعدم المعلومیه قد تقدم مثله فی المهر ایضا فان العلم بمقدار المهر لایمنع عن الجهل بالخصوصیه وکذلک العلم بالمقدار الکلی من الزمان لایمنع عن الجهل بالخصوصه

والدلیل انما یدل علی تعیین المهر والاجل من جهةالمقدار لامن جهته الخصوصیه کمافی الاجاره حرفا بحرف فان خصوصه فعل الاجیر من جهته انه عمله لحمل الاجرا والجص اوالنوره اوالحجر اوالطین اوغیر ذلک لایمنع عن صحه مثل هذه الاجاره.

اضف الی ذلک انه لایبعدالقول بالصحه حتی مع جهل المتعاقدین بالمهر والاجل اذا وکلا شخصا لتعیین المهروالاجل فانها معلومان فی المتعه ولایحتاج الی ازید من ذلک حتی علم الزوج اوالزوجه فکما یصح العقداذا وکل الزوجه الزوج او العکس فی تعیین المهر والمده کذالک یصح اذا یکون معلوما" فی نفس الامر والواقع بحیث لو فتحا الباب اوالکتاب علما بالوقت والمهر مثلا فلایمنع عن صحه مثل هذا العقد مانع کما یصح جمیع ذلک فی الاجاره .

وفی خبر بکاربن کردم الذی رواه فی الکافی ما یدل علی جواز ذلک - قال قلت لابی عبدالله (ع) الرجل یلقی المراهفیقول لها زوجینی نفسک شهرا" ولایسمی الشهر بعینه فلقیها بعدسنین فقال له شهره انکان سماه فان لم یکن سماه فلا سبیل له علیها فالحکم بعدم السبیل لیس لاجل بطلان المتعه بل لاجل مضی الشهر الذی اقتضی الاطلاق الاتصال بزمان العقد وهو قدمضی واما مع تسمیهالشهروعدم الاتصال بزمان العقد فیصح کمااستظهره المحقق الکرکی فی جامع المقاصد واما ماقلناه من صحته الشهر الکلیفهو خارج عن موردالروایه بل نحکم به لاجل اقتضاء صحةالاجاره بهذ

بهذالنحو- واماصحته العقد واستحقاق الاجره فی صوره ترک الزوجه حتی انقضی مده الاجاره فهوایضا علی طبق مقتضی القواعد.

ولو قال مره اومرتین ولم یجعل ذلکمقیدا بزمان لم یصلح وصار دائماوفیه روایه داله علی الجواز وانه لاینظر الیها بعد ایقاع ماشرطه وهی مطرحه لضعفها ولوعقد علی هذا الوجه انعقددائماولو قرن ذلک بمده صح متعه.

اقول قدافتی بمضمون الروایات الشیخ فی کتابی الحدیث ولم یثبت الاعراض عن الروایه بالمره حتی لایمکن الاخذ به اذا طابق القواعد- ولابد اولا الرجوع الی الروایات.

منها مارواه فی الکافی عن احمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن زراره قال قلت له هل یجوزان یتمتع الرجل من المراه ساعته او ساعتین فقال الساعه والساعتین لایوقف علی حدهما ولکن العرد والعردین والیوم والیومین واللیله واشباه ذلک- والروایه صحیحه السند.

وعنهم عن سهل عن ابن فضال عن القاسم بن محمد عن رجل سماه قال سالت اباعبدالله عن الرجل یتزوج المراه علی عردواحدفقال لا باءس ولکن اذا فرغ فلیحول وجهه ولاینظر - هذه الروایه هی الذی قال صاحب الشرایع انها مطروحه بضعفها وقاسم بن محمد الجوهری لم یرد فیه توثیق الا انه کثیرالروایه فی جمیع ابواب الفقه والرجل وان کان واقفیا" من اصحاب الکاظم الا ان روایاته فی الابواب

المتفرقه الفقهیه موردا عتماد القدماء وفقهائهم کما افتی بمضمون هذه الروایه الشیخ فی کتابی الحدیث.

ومنها ایضا صحیحه خلف بن حماد قال ارسلت الی ابی الحسن علیه السلام کم ادنی اجل المتعه هل یجوز ان یتمتع الرجل بشرط مره واحده قال نعم وخلف بن حماد قد وثق وحدیثه مختلف ویخرج شاهدا یقبل تاره وینکر اخری کما عن ابن الغضائری وعلی ای حال لامانع من الروایه من جهته السند مخصوصا مع کون خلف کثیرالروایه فی الابواب المتفرقه.

ولایخفی ان صحه الاجاره تاره من جهته الزمان کما اذا استاجر رجلا للخیاطه فی الیوم المعین واخری یکون لامن جهته الزمان بل من جهته شیی معین کاجاره الخیاط لخیاطه ثوب معین من دون نظر الی خصوصیه الزمان ولایحتاج فی ذلک الی تعیین الاجل وان کان ینصرف الی زمان الاتصال بالعقد مع الاطلاق والعرف والعقلاء یوقعون کلا من الاجارتین من دون ان یکون فیها غرروجهاله فی البین والعرد والعرد ین والمره والمرتین من قبیل الثانی فان المره ینصرف مع الاطلاق الی ماهوالمتدال عرفا لمقدار من الزمان الذی یقع فیه الجماع وانکان افراده مختلفه من جهته طول الزمان وقصره الا ان له مع ذلک برهته من الزمان بحیث لوادعی احدالطرفین فی العقدالزمان الزایدا والجماع الغیر المتداول لایقبل منه حتی فی باب الدعاوی بل ینصرف الی ماهوالمتداول والروایات ایضا ناظره الی اصل صحه العقد من جهته تعیین العرد والمره من دون

ان تكون بصدد بيان امراخر من جهته طول المده وقصره خصوصا صحيحه زراره المتقدمه التی ذكر فيها العرد فی قبال اليوم واليومين والليله .

فاما ان يقيد روايات الاجل بالمره كمالايبعد واما ان يكون المراد من المره فی مده خاص من الاجل المعين وهو تعبد فی الغايه وطرح للروايات من دون دليل بعدالتزام العرف بذلک فی باب الاجاره ايضا والله العالم .

واما صيروره العقد دائما اذا عقد علی وجه المره المبهم فيدل عليه روايه هشام بن سالم قال قلت لابی عبدالله اتزوج المراه متعه مره مبهمه قال فقال ذلک اشد عليک ترثها وترثک ولايجوز دلک ان تطلقها الا علی طهر وشاهدين قلت اصلحک الله فكيف اتزوجها قال اياما معدوده بشی مسمی مقدارما تراضيتم به فاذا مضت ايامها كان طلاقها فی شرطها ولانفقه ولاعده لها عليک الحديث .

والروايه وان كانت ظاهره فی بيان الحكم الواقعی من الارث من الطرفين الا انه ايضا بحسب ظاهر الحكومه لابحسب الواقع اضف الی ذلک ضعف سندالروايه وقد تقدم فمع التعارض لابد من الاخذ بماتقدم لابمثل روايه هشام بن سالم الضعيفه .

***

واما احكامه فثمانيه الاولی اذا ذكر الاجل والمهر صح العقد ولواخل بالمهر مع ذكر الاجل بطل العقد ولواخل بالاجل حسب بطل متعه وانعقد دائما .

واما احکامه فثمانیه الاولی اذا ذکر الاجل والمهر صح العقد ولو اخل بالمهر مع ذکر الاجل بطل العقد ولو اخل بالاجل حسب بطل متعه وانعقد دائما .

قد تقدم الکلام مستوفی فی ترک الاجل مع العمد او السهو وان کل ذلک لا یوجب الانقلاب بل مع العمد یوجب البطلان اذا لم یکن فی التقدیر کالمذکور ومع النسیان لایحکم بالبطلان بل یقع العقد مبنیا علیه من المده الواقعیه مع صدق الاشتراط اووقوع العقد مبنیا علیه .

واما مع عدم ذکر المهر فالبطلان تاره من جهته عدم مفهوم عرفی للاجاره بدون الاجره کما انه لامعنی للبیع بدون الثمن فلا بدمعه من الحکم بالبطلان واما اذا کان من جهته ترک المهر ایکالا الی مهر مثل امثالها کما فی ترک الاجره فی الاجاره او الاجیر ایکالا الی ما هو المتداول فی مثل اجاره هذه الدار او فی مثل اجره هذه العمله فانه لایحکم بالبطلان فی هذه الصوره بالنسبه الی القواعد.

واما بالنسبه الی النصوص فان الظاهر منها ایضا هو معلومیه کل واحد من الاجره والمهر والاجل فی نفس الامر والواقع والظاهر عدم صدقه فی صوره عدم تعیینه عند العقد والایکال الی مهر مثل امثالها وان کان غیر بعید صحته فی بعض المواقع نظرا " الی تعیینه فی الواقع لامثال الدار او المراه کذلک فی بعض الموارد واما مسئله انعقاد العقد دائما علی خلاف مقصود المتعاقدین فقد عرفت ما فیه .

الثانی کل شرط یشترط فیه فلا بد ان یقرن بالایجاب والقبول و لا حکم لما یذکر قبل العقد مالم یستعدفیه ولالما یذکر بعده ولایشترط مع ذکره فی العقد اعادته بعده. ومن الاصحاب من شرط اعادته بعد العقدوهو بعید.

لزوم الاقتران بالایجاب والقبول باعتبار دخوله فی متن العقد فمع صدق الشرط فی ضمن العقد (لامستقلا) لابدمن الوفاء به قضاء لحق (المؤمنون عندشروطهم) والظاهر اتفاقهم علی عدم لزوم الشط الغیر المذکور فی متن العقد کما عن الریاض وغیره ـ ومع دلک کله لابدان یکون سائغا " شرعا حتی یحکم بالنفوذ ویدل علی اعتبار ذکر الشرط فی متن العقد لیحکم بالنفوذ روایات.

(فمنها) مارواه سلیمان بن سالم عن ابن بکیرقال قال ابو عبدالله اذا اشترط علی المراه شروط المتعه فرضیت به واوجبت التزویج فاردد علیها شرطک الاول بعدالنکاح فان اجازته فقد جاز وان لم تجزه فلا یجوز علیها ماکان من شرط قبل النکاح.

والظاهر من الشرط قبل النکاح هومالم یدخل فی متن العقدفاما من جهته عدم الوفاء بالشرط المستقل عن متن العقداومن جهته عدم صدق الشرط علیه بل هی مقاوله قبل العقد فمع الدخول فی متن العقد لایفرق فیه بین السبق واللحوق اوالواقع بین الایجاب والقبول فمع صدق الشرط فی متن العقد یحکم بالنفوذ واما مع عدمه لایحکم به وان کان جایزا " امضائه ـ فالروایه لیست بصدد بیان

امرخارج عما علیه العقلاء فی معاملاتهم ومعاقداتهم .

(ومنها) موثقه ابن بکیر قال قال ابوعبدالله ماکان من شرط قبل النکاح هدمه النکاح فماکان بعدالنکاح فهوجائزالحدیث .

والظاهراتحادالمراد منها مع ماسبق الا انه یعم الدائم ایضا "

ومنها صحیحه محمدبن مسلم قال سالت اباعبدالله عن قول الله عزوجل (ولاجناح علیکم فیماتراضیتم به من بعدالفریضته) فقال ماتراضوابه من بعدالنکاح فهو جائز وماکان قبل النکاح فلا یجوز الا برضاهاوبشی یعطیها فترضی به .

والمرادمن التراضی بعدالنکاح هوالتراضی فی متن العقدوماکان قبل النکاح فلا ینفذ الا برضاها وبشی یعطیها حتی یلزم الوفاء به بحیث یکون داخلا فی متن العقد الاول لامستقلا علی اشکال فیه .

و(منها) صحیح ابن مسلم قال سمعت اباجعفر یقول فی الرجل یتزوج المراه متعه انهما یتوارثان اذالم یشترط وانماالشرط بعدالنکاح - والراوی عن محمدبن مسلم ابوعبدالله بن بکیرراوی الخبر الاول والثانی ویمکن ان یکون جمیع دلک بصدد بیان المراد من الایه الکریه لا امرا مستقلا.

والظاهر جریان الحکم فی نکاح الدائم ایضاکمااعترف به صاحب الحدائق وغیره علی اختلاف فیه بخلاف المتعه والظاهرمن بعض الاصحاب عدم الاعتبار بالشرط المضمر فی المتعه فیکون هذا الحکم مختصا بالمقام بناء علی اعتبارالشروط المضمره فی جمیع العقود الا انه لایمکن اثباته فی المقام فان الادله بصدد بیان الشروط

الداخله فی متن العقد والخارجه عنه واماکیفیه ـ الدخول والخروج فعرفی لاربط له بالروایات فالظاهرعدم الفرقبین المتعه وسایرالعقود فی هذا المضمار ـ فتحمل النصوص المذبوره علی ما کان من الشروط سابقا ولم یکن مضمرا حال العقد علی وجه یکون مبنیا علیه .

واما حکم الشروط بعدالعقد فهوایضا کذلک علی ماصرح به فی الریاض ولم یقل احد باعتباره حتی الشیخ فی یهفانه ایضا قال بعد ذکر الشروط فی متن العقد باعادته بعدالعقد.

نعم حکی عنه فی یب الاکتفاء به فی متن العقد من دون لزوم الاعاده الا ان القول بلزوم الاعاد هقول شاذلا یمکن الالتزام به ولا استفادته من النصوص ـ والعمده هوعبارته فی النهایه .

قال فیها کل شرط یشترط الرجل علی امراه انمایکون له تاثیر بعد ذکر العقد فان ذکرعندالشروط وذکر بعدهاالعقد کانت التی قدم ذکرها باطله لاتاثیر لهافان کررهابعدالعقد ثبت علی ما شرط انتهی .

ومن المعلوم عدم تعرض الشیخ بماذکر فی متن العقد اوفی اثناء الایجاب والقبول بل هو ایضا بصدد بیان عدم نفود الشروط السابقه علی العقد وفی غیر ضمن العقد وانکانت عبارته قاصره عن هذه الافاده وافاده التکریر بعد العقد وقبله فلایدل علیه عبارته بل الظاهر منهاانه اذا ذکرالشروط قبل العقدفلابد له من الاعاده

ايضا حتى ثبت على ماشرط واما اذالم يتقدم الشرط اصلا بل ذكر بعدالعقد بحيث يكون من متعلقاته فالشيخ ايضا لاينفيه .

وكيف كان فالمستفاد من الاخبار ان الاعتبار بالشرط انما هو اذا وقع في متن العقد لاقبله ولابعده بحيث يلحق بالمقاوله في صوره التقدم وبالشرط المستقل في الصوره المتاخره .

ويدل على ماذكرناه ويوضح المرادمارواه في الفقه الرضوي بقوله والوجه الثاني نكاح بغير شهودولاميراث وهي نكاح المتعه بشروطها وهي ان تسئل المراه فارغه هي ام مشغوله بزوج اوبعده اوبحمل فاذا كانت خاليه من ذلك قال لها تمتعي نفسك على كتاب الله وسنته نبيه صلى الله عليه وآله نكاح بغيرسفاح كذا و كذا بكذاوكذا ويبين المهرواالاجل على ان لاترثني ولا ارثك وعلى ان الماء اضعه حيث اشاء وعلى ان الاجل اذا انقضى كان عليك عده خمس واربعين يوما فاذا انعمت قلت لها متعيني نفسك وتعيد جميع الشروط عليها لان القول خطبه وكل شرط قبل النكاح فاسدوانما ينعقد الامر بالقول الثاني فاذا قالت في الثاني نعم ادفع اليها المهر اوماحضرمنه وكان ما يبقى دينا عليك وقد حلت لك حينئذ وطئها .

فالظاهر منها (وان لم تكن روايه الا انه قول مطابق لها) ان الشروط قبل النكاح في حكم المقاوله والخطبه لا في حكم الشروط في متن العقد حتى لايمكن مخالفته بعدايقاع العقد عليه .

فظهر من جميع ماذكرناه ان الشروط السائغه مطلقا التي تشترط

فی عقدالمتعه انما تلزم ویجب الوفاء بها فیما اذا اقترنت بالایجاب والقبول فمع ذکرها قبل العقد کالمقدره والمضمره فی العقد عرفا علی وجه یوجب انعقاده مبنیا علیها ومرتبطا بها کما اذا قال لها ارید منک ان تزوجینی نفسک شهرین بمائه دینار فقالت زوجتک نفسی فقال قبلت فمقتضی القاعده والروایات ایضا هو الصحه ولزوم الوفاء بها والرویات فی الباب ایضا لاتدل علی ازید من ذلک.

ثم لایخفی انه لاوجه لحمل الشروط السائغه فیها علی المهر والاجل کما توهمه ابن ادریس اذا لشروط کثیره والروایات اعم وکلمات الاصحاب کذلک والتعبیر بالهدم فی بعض الروایات لاجل انه لایعتنی به اذا لم یکن فی ضمن العقد.

***

(الثالثه) للبالغه الرشیده ان تمتع نفسها ولیس لولیها اعتراض بکرا کانت اوثیبا " علی الاشهر ـ قدتقدم البحث فی ذلک مستوفی فراجع.

***

(الرابعه) یجوزان یشترط علیها الاتیان لیلا اونهارا وان یشترط المره اوالمرات فی الزمان المعین والدلیل علی ذلک کله ادله وجوب الوفاء بالشروط الا ماخرج مضافا الی مادل علی لزوم الوفاء بالشروط مارواه ابن ابی عمیر عن عماربن مروان عن ابیعبدالله قال قلت له رجل جاء الی امراه فسالها ان تزوجه نفسها فقالت ازوجک نفسی علی ان تلتمس منی ماشئت من نظر والتماس وتنال منی

ما ينال الرجل من اهله الا ان لاتدخل فرجک في فرجي وتلذذ بما شئت فاني اخاف الفضيحه قال ليس له الا ما اشترط - والظاهر كون موردالروايه هي المتعه وكيف كان فهوغير منافيه لمقتضى عقد الزواج .

نعم مع اسقاط شرط من له الشرط جازالسقوط كما في خبراسحق بن عمار قال للصادق رجل تزوج بجاريه على ان لايفتضها ثم اذنت له بعد ذلک فقال اذا اذنت له فلا باٴس .

فما عن بعضهم من عدم الجواز للزوم الشرط لاوجه له بعدالاسقاط والوطي انما هوبمقتضى اطلاق الزوجيه بعد اسقاط الشرط والظاهر عدم السلطنه عليها من جهته الخروج من المنزل وغيره كما كانت في الدائم .

وكذا الظاهر عدم المانع منها اذا لم يعين وقتا خاصا للتمتع وكذا عدم المنع من الوطي وغيره في اي وقت شاء اذا لم يشترط ما يعين وجها خاصا - اللهم الا ان يكون ما يخالف ما عليه العرف والعقلاء .

***

الخامسه يجوزالعزل للمتمتع ولايقف على اذنها ويلحق الولد به لو حملت وان عزل لاحتمال سبق المني من غير تنبيه ولونفاه عن نفسه انتفى ظاهرا" ولم يفتقر الى اللعان .

اما جوازالعزل فللروايات الداله عليه كما في صحيح محمدبن مسلم قال سالت ابا عبدالله عن العزل فقال ذاک الى الرجل صرفه

يصرفه حيث يشاء واطلاقها بالنسبه الى الدائمه ايضا ، يقيد بالروايات الداله على الجواز مع رضايتها .

وفي صحيح عمر بن حنظله قال سالت ابا عبدالله عن شروط المتعه فقال يشارطها على ما يشاء من العطيه ويشترط الولد ان اراد الحديث .

حمله الشيخ على اشتراط ترك العزل والافضاء عليها قال فعبر عما هوسبب الولد .

وفي صحيحه ابن ابى عمير وغيره قال الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء الا انه اذا جاء ولد لاينكره وشدد في الظاهر الولد وقد تقدم في جمله من الروايات انه يشترط عليها ان لايطلب ولدها وهو عباره عن جواز العزل كما في الوسائل وغيره كما في روايه الاحول بقوله ولا اطلب ولدك الى اجل مسمى الحديث .

وروايه هشام بن سالم الجواليقى ولا اطلب ولدک ولاعده لک على فاذا مضى شرطک فلا تتزوجن حتى تمضى لک خمس واربعون يوما وان حدث بک ولد فاعلمينى .

ومن المعلوم ان جواز العزل على القاعده فلا يتوقف اذنها ولحوق الولد به لاجل نفوذ الماء من غيرتنبه وللروايات الداله على ان الولد للفراش والمتعه فراش وكذا الكلام فى كل وطى صحيح او شبهته كما ادعاه فى الجواهر .

واما نفى الولد بمجرده من دون احتياج الى اللعان وان لم يعزل فضلا عن صوره العزل قدنسب الى عده من الاصحاب ظاهرا " من دون

احتیاج الی شیی اخر ولکنه ولده اذا تکون من مائه مابینه وبین ربه العالم بالضمائر ـ لکن عن الحدائق مخالفه الاصحاب فی ذلک ولومع العزل لصدق الفراش وعدم النفی مطلقا واللعان مختص بالدائمه.

فما فی الجواهر من الایراد علیه بمعلومیه کون المتعه انقض فراشا من الدائمه التی ینتفی الولد عنه بنفیه مع اللعان فهی بطریق اولی فی غیرمحله لانه قیاس مع الفارق اذالنفی مع اللعان لایلائم ولایشترک مع النفی بدون اللعان وصرف عدم اللعان کمافی الروایات فی المتعه لایوجب نفی الولدمع صدق الفراش فی صوره عدم علم القاضی والحاکم بذلک وان کان هو عالما بالانتفاء واضف الی ذلک ان نفی الولد فی المتعه غالبا باتهام الرجل وانه بصدد الخروج عن کلفه الولد فلا یسمع قوله بالنفی اذاکان مع الشبهه فمع التهمه یکون نفی الولد لنفعه فلایسمع دعواه .

اللهم الا ان یقال ان نفی الولد فی صوره العلم بالانتفاء فی الدائمه والمتعه علی حدسواء الاانه اضاف فی النفی فی الدائمه قیدا یحتاج النفی معه الی اللعان ولایتحقق بدون اللعان ومن المعلوم ان حکم الشارع بتوقیف النفی فی الدائمه علی اللعان لا یوجب فرقا بین النفیین وبعباره اخری حکم الشارع لایوجب الفرق الواقعی بین النفی الثابت فی الدائمه والمتمتعه فالنفی معالعلم بالانتفاء مرسوم بین العقلاء ولم یمنع عنه مانع والروایات انما

تدل علی نفی اللعان فی المتعه لانفی اللعان بجمیع آثارها ومن جملتها نفی الولد حتی لایمکن نفیه مطلقا مع کونها انقص فراشا " من الدائمه فلا یردعلی هذا البیان شبهه القیاس الذی قدمناه الا ان یقال ان نفی اللعان من جهته الادعاء المصحح له انما هونفی جمیع الاثار ومن جملتها نفی الولد- الا ان الظاهر من کلمات الاصحاب الانتفاء ظاهرا بالنفی .

فی بیان احکام المتعه (فی عدم وقوع الطلاق علیها)

(السادسه)

لایقع بها طلاق وتبین بانقضاء المده ولایقع بها ایلاء ولالعان علی الاظهر وفی الظهار تردد اظهره انه یقع .

اما عدم الطلاق ففی صحیح هشام بن سالم فاذا مضت تلک الایام کان طلاقها فی شرطها ولاعده لها علیک .

وفی صحیح محمدبن اسماعیل عن ابی الحسن الرضا قال قلت له الرجل یتزوج المراه متعه سنته اواکثر قال اذاکان شیئا معلوما " الی اجل معلوم قال قلت وتبین بغیر طلاق قال نعم .

وصحیح زراره قال عده المتعه خمسه واربعون یوما کانی انظرالی ابی جعفر یعقده بیده خمسه واربعین فاذا جاء الاجل کانت فرقه بغیر طلاق الحدیث الی غیر ذلک من الاخبار المستفیضه الداله علیه .

فما یظهر عن بعض من التوقف فیه بالنظر الی عدم جواز وقوع الهبه من ولی الطفل وهوکماتری - اذعدم الوقوع مع مصلحه الطفل غیرمسلم

وعلى فرض عدم الوقوع فهو لايوجب تقييد المطلقات المصرحه بعدم الاحتياج الى الطلاق مطلقا .

واما عدم وقوع الايلاء فان العمده فيه هو الايه الكريمه في سوره البقره ۲۲۶ للذين يولون من نسائهم تربص اربعه اشهر فان فائوا فان الله غفور رحيم – ۲۲۷ وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم.

فالايه الاولى بقرينه الايه الثانيه يختص بصوره الدائمه .

مضافا الى ان انعقاد اليمين بعدم وطى الزوجه حكم على خلاف القاعده لعدم انعقاد اليمين في المرجوحات كالمكروه والحرام فانعقاده على خلاف القاعده التي دلت عليه الادله في الدائمه فلا يعم المتمتع بها .

ولان من لوازم الايلاء المطالبه بالوطى فهو منقف في المتعه لعدم استحقاقها الا ان تشترط في بعض الاحيان وصحيح ابن ابى نصر عن الرضا قال سالته عن الرجل يولى من امته فقال لاكيف يولى وليس لها طلاق .

فان العله غير مختصه بالمورد فيستفاد حكم المتعه منها الى غير ذلک من الاخبار المستفيضه الداله على الزام الزوج اما بالفى او الطلاق فهو بكلاشقيه لايلائم طبيعه المتمتع بها .

واما عدم وقوع اللعان فيها فيدل عليه الصحيح عن ابن ابى يعفور عن ابى عبدالله قال لايلاعن الرجل المراه التي يتمتع والصحيح الاخر عن ابن سنان عنه عليه السلام لايلاعن الحر الامه ولا الذميه ولا التي يتمتع بها .

واما الظهار ففیه تردد کما فی المتن وجه العدم من کونه علی خلاف الاصل المقتصر منه علی موضع الیقین وهو الدائمه والالزام باحد الامرین من الفئته اوالطلاق فلایجری فی المتعه ولاحق لها فی مطالبه الوطی وقیام هبته المده مقام الطلاق مما لادلیل علیه واستظهر الوقوع فی المتن تبعا للاکثر ومنهم ابن ادریس وغیره الا ان الالتزام به مشکل من جهته عدم الموافقه منها مثل الدائمه واما مرسله ابن فضال عمن اخبره عن ابیعبدالله (ع) قال لایکون الظهار الاعلی مثل موضع الطلاق فان الظاهر من المماثله هی من جهته احتیاج وقوعه علی طهر من غیرجماع ولایقع بیمین ولا اضرار ولاغضب کما فی الطلاق فالمماثله من هذه الجهته لامن جهته عدم ایقاعه الاعلی من یصلح للطلاق وهی الدائم .

واما قوله تعالی والذین یظاهرون من نسائهم ثم یعودون لما قالوا فتحریر رقبه من قبل ان یتماسا فمن ذلکم یوعظون به والله بما تعملون خبیر۔ فمن لم یجد فصیام شهرین متتابعین من قبل ان یتماسا فمن لم یستطع فاطعام ستین مسکنیا ذلک لتومنوا بالله ورسوله وتلک حدودالله وللکافرین عذاب الیم ـ سوره المجادله ۳ـ۴ وانکان مطلقا الا ان مورده هوالدائمه بشهاده المرافعه والفئه او الطلاق والله العالم .

****

(السابعه) لایثبت بهذا العقد میراث بین الزوجین شرطا سقوطه اواطلقا ولوشرطا التوارث اوشرط احدهما قیل للزم عملا بالشرط وقیل لایلزم لانه لایثبت الاشرعا فیکون اشتراطا لغیرالوارث کما لو شرط للاجنبی والاول اشهر.

اختلف علمائنا فی التوارث بهذا العقد فقال ابن ابی عقیل نکاح المتعه ان یتزوج الرجل المراه باجر معلوم الی اجل مسمی علی ان لامیراث بینهما ولانفقه الی ان قال واذا خلا الرجل بالمراه فقال اتزوجک متعه الی اجل معلوم بکذا من الاجر ویذکر شرط المیراث بینهما فمات احدهما قبل صاحبه ورثه الاخر- فالمستفاد منه ان عدم المیراث انما هوفی صوره الاشتراط واما مع العدم فیحکم بالارث مطلقا مع اشتراط الارث ومع السکوت عن الاشتراط وقال المفید لایجب بعقد المتعه میراث وکذلک السید المرتضی فی الانتصار وکذلک الصدوق فی المقنع وقال الشیخ فی النهایه لیس فی نکاح المتعه توارث شرط نفی التوارث اولم یشترط اللهم الا ان یشترط بینهما التوارث فان شرط ذلک ثبت بینهما الموارثه وانما لایحتاج نفی التوارث الی شرط.

وقال ابن البراج انه مع الشرط ثبت الارث بینهما- وابن حمزه ایضا اوجب المیراث مع الشرط.

قال ابوالصلاح لاتوارث بینهما وان اشترطا کما تقدم عن المفید وغیره واختار العلامه فی المختلف تبعا لابن ادریس قول ابی الصلاح

وهوعدم الارث مطلقا حتی مع الاشترط ـ والاختلاف فی المسئله ناش من جهته الاختلاف فی مدرک الحکم والروایات مختلفه فالرجوع الی اطلاقات الکتاب بعد صدق الزوجیه کما هوالحق فی اکثرافراده یوجب الارث ورفع الید عنها یحتاج الی دلیل نعم فی بعض افرادالتمتع کما اذا عین اجره معینه لقبله فی المده المعلومه القلیله فانه مع صحته هذا العقد وصدق التمتع لایصدق علیه الزوجیه بینهما بل هی تمتع بالمبلغ المعلوم وللاجل المعین من دون صدق الزوجیه عرفا ومن المعلوم عدم الصدق العرفی فی المثال الذی ذکرناه وان کان الصدق فی بعض افراده مما لایمنع عنه العرف .

وینسب الی بعض الاصحاب کالقاضی ثبوت الارث بینهما کالدائمه شرطا السقوط ام لا وشرطا عدم التوارث ام لاولم اتحقق هذا القول وکیف کان فلا بد من مراجعه الادله الداله علی کلا الطرفین والاطراف ـ حتی یتبین الحال .

۱ـ فیدل علی عدم التوارث مطلقا صحیح سعیدبن یسار عن الصادق (ع) قال سالته عن الرجل یتزوج المراه متعه لم یشترط المیراث قال لیس بینهما میراث اشترط اولم یشترط.

فان الظاهر من الروایه انما هونفی المیراث عن طبیعته المتعه فحمل الشیخ هذه علی اشتراط سقوط المیراث بحیث یحتاج ثبوته الی شرط دون ارتفاعه والحمل علی الموت فی العده لافی المده بعید غایته عن ظاهرالروایه والحمل لابدان یکون عرفیا "لامهما امکن وان لم یقبله العرف .

۲- وفی خبر عبدالله بن عمروقال سالت اباعبدالله عن المتعه فقال حلال لک من الله ورسوله قلت فماحدها قال من حدودها ان لاترثها ولاترثک الحدیث .

۳- وصحیح زراره عن ابی جعفر فی حدیث قال ولامیراث بینهما فی المتعه اذا مات واحدمنهما فی ذلک الاجل .

۴- وصحیح ابان بن تغلب فی حدیث صیغه المتعه انه قال لابیعبد الله (ع) فانی استحیی ان اذکر شرط الایام قال هواضرعلیک قلت وکیف قال لانک ان لم تشترط کان تزویج مقام ولزمتک النفقه فی العده وکانت وارثا ولم تقدر علی ان تطلقها الا طلاق السنه

۵- وروایه هشام بن سالم قال قلت لابی عبدالله (ع) اتزوج المراه مره مبهمه قال فقال ذاک اشدعلیک ترثها وترثک والظاهر من الروایتین الاخیرتین نفی الارث عن طبیعه المتعه مطلقا واثباته فی الدائمه .

۶- وصحیح النوفلی عن السکونی عن الصادق علیه السلام (ع) قال تحل الفروج بثلاث نکاح بمیراث ونکاح بلا میراث ونکاح بملک الیمین ، وسائل ابواب ارث الازواج .

۷- وعن الکلینی قال وروی انه لیس بینهما میراث اشترط اولم یشترط .

۸- وصحیح عمربن حنظله فی حدیث فی المتعه عن الصادق(ع) قال

ولیس بینهما میراث .

۹- وصحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) فی المتعه لیست من الاربع لانها لاتطلق ولاترث وانما هی مستاجره .

۱۰- وما رواه احمدبن ابی عبدالله فی المحاسن عن العباس بن معروف عن القاسم بن عروه عن عبدالحمیدالطائی عن محمد بن مسلم قال قلت لابی جعفر علیه السلام لم لاتورث المراه عمن یتمتع بها فقال لانها مستاجره وعدتها خمسه واربعون یوما .

۱۱- وصحیح یونس عن الحسن بن زید قال سمعت اباعبدالله یقول تحلل الفروج بثلاث نکاح بمیراث ونکاح بلامیراث ونکاح بملک الیمین وسائل باب ۳۵ اداب النکاح ، ورواه الصدوق فی الخصال الا انه قال بثلثه وجه .

۱۲- وروایه حفص الجوهری عن الحسن بن یزید قال کنت عند ابی عبدالله (ع) فدخل علیه عبدالملک بن جریح الملکی فقال له ابوعبدالله علیه السلام ما عندک فی المتعه فقال حدثنی ابوک محمد بن علی(ع) عن جابربن عبدالله ان رسول الله (ص) خطب الناس فقال ایها الناس ان الله احل لکم الفروج علی ثلثه معان فرج موروث وهوالثبات وفرج غیرموروث وهوالمتعه وملک ایمانکم .

۱۳- الحسن بن علی بن شعبه ، فی تحف العقول عن الصادق فی حدیث قال واما مایجوز من المناکح فاربعه وجوه نکاح بمیراث ونکاح بغیرمیراث فنکاح بملک یمین ونکاح بتحلیل من المحلل

له من ملک من يملک .

۱۴- في فقه الرضا عليه السلام اعلم يرحمک الله ان وجوه النكاح الذي امرالله عزوجل بها اربعه اوجه نكاح ميراث الی ان قال والوجه الثاني نكاح بغير مشهود ولاميراث وهي نكاح المتعه الی ان قال والوجه الثالث نكاح بملک اليمين الی ان قال والوجه الرابع نكاح تحليل المحلل الحديث - مستدرک الوسائل آداب النكاح باب ۲۹ .

الی غير دلک من الروايات الكثيره المستفيضه الداله علی نفي الارث عن طبيعته المتعه بحيث لايصلح للارث مطلقا فهذا القول بحسب الروايات وفتوی الاصحاب قوي جدا لايعتريه شک ولاشبهه وفي قبال هذه الاخبار انباء اخری متفرقه بين صحيح وضعيف مطلق ومفصل واليک بيانها .

فمنها صحيح احمدبن محمد بن ابي نصر عن ابي الحسن الرضا (ع) قال تزويج المتعه نكاح بميراث ونكاح بغيرميراث ان اشترطت كان وان لم تشترط لم يكن .

وصحيح محمدبن مسلم قال سالت اباعبدالله له المهر يعني في المتعه قال ماتراضيا عليه الی ان قال ان اشترطا الميراث فهما علی شرطهما .

اضف الی ذلک الادله الداله علی لزوم الوفاء بالشرط وكل شرط جايز الاشرطا مخالفا لكتاب الله اوشرطا احل حراما وحرم حلالا و مع الاشتراط تستحق الارث بمقتضی الزوجيه والاطلاقات والعمومات من

الکتاب والسنه الداله علی استحقاق الارث بالزوجیه لکن یردعلیه مضافا الی وقوع التعارض صریحا بینها وبین ماتقدم عن الروایات ظاهرا وصریحا علی نفی الارث فی المتعه حتی فی صوره الاشتراط، عدم صلاحیتها لتقیید ماتقدم بعدماکانت الادله المتضافره فی صددبیان حدالمتعه وان من حدها عدم الارث مطلقا ـ واضف الی ذلک ان قوله فی روایه ابن ابی نصر ان اشترط کان وان لم‌تشترط لم یکن یمکن ان یکون باعتبار اشتراط الارث الذی هوکنایه عن الدوام فیکون الروایه داله علی نفی الارث وکذا قوله فی روایه محمدبن مسلم (ان اشترط المیراث فهما علی شرطهما کنایه عن دوام العقد لامطلقا و هذا التوجیه وان کان بعیدا عن ظاهرالروایتین الا انه لابدمن ارتکابه بملاحظه الروایات الاخر.

اضف الی ذلک عدم نظیر له فی تمام الفقه وان ذلک غریب فی النظائر کمافی الجواهر بلی عن کاشف اللثام عدم النظیرمن جهته بعدالالتزام به فانه فی صورهالاطلاق ایضا لایقتضی الزوجیه الارث لکنه فی صوره الاشتراط یقتضیه ان هذا الا اختلاق نعم لوکان فی البین دلیل قاطع التزمنابه لکنه فی مقابل ماتقدم وفی مقابل الروایات الداله علی الارث فی صوره الاشتراط والاطلاق وانما یحرم منه فی صوره اشتراط عدمه کمافی صحیح محمدبن مسلم قال سمعت‌ابا جعفر (ع) یقول فی‌الرجل یتزوج المراه متعه انهما یتوارثان اذالم یشترطا وانماالشرط بعدالنکاح ـ فانهاظاهره فی ثبوت الارث مطلقا الا فی صوره اشتراط عدمه المخالف لماتقدم فی ثبوت الارث فی صوره

الاطلاق ويمكن ان يحمل على عدم شرط الاجل اى انه مع عدم شرط الاجل اى انه مع عدم شرط الاجل يصيرالنكاح دائما فيخرج الروايه عما نحن بصدده .

والاغترار بهذه الروايات مطلقها ومقيدها بصوره الاشتراط مما لا يمكن الاعتماد عليها مع اعراض اصحابنا القدماء ومع امكان الخدشه في دلاله بعضها فالاعتماد على ماتقدم، وطريقه الاحتياط واضحه والمصالحه مع سايرالورثه ايضا طريق النجاه .

****

(فی بیان حکم عدتها مع تمام الاجل اوهبتها)

(الثانیه)

اذا انقضی اجلها بعدالدخول فعدتها حیضتان وروی حیضه و هو متروک وان کان لاتحیض ولم تیئس فخمسه واربعون یوما .

اذا انقضی اجلها بعددخول الزوج بها اووهبها ایاها لزمها الاعتداد ان لم تکن یائسه وقداختلف الاقوال وقیل انها اربعه والسبب فی ذلک اختلاف الروایات فعن الشیخ وجماعه منهم المصنف ان عدتها حیضتان انکانت ممن تحیض وقال المفیدوابن ادریس وجماعه انها طهران بینهما حیضه وعن الصدوق فی المقنع انها تعتد حیضه ونصفا وقال ابن ابی عقیل انهاحیضه ولکل قول من هذه الاقوال روایه اواکثر .

اماالحیضتان فنسب الی المشهور واستدلوا بحسنه اسماعیل بن الفضل الهاشمی قال سالت اباعبدالله عن المتعه فقال الق عبد الملک بن جریح فسله عنها فان عنده منها علما فلقیته فاملی علی شئیا کثیرا فی استحلالها وکان فیما روی لی ابن جریح انه لیس فیها وقت ولاعدد انما هی بمنزله الاماء یتزوج منهن کماشاء وصاحب الاربع نسوه یتزوج منهن ماشاء بغیرولی ولاشهود فاذاانقضی الاجل بانت منه بغیر طلاق ویعطیها الشیی الیسیر وعدتهاحیضتان وانکانت لا تحیض فخمسه واربعون یوما قال فاتیت بالکتاب اباعبدالله (ع)فقال صدق واقریه .

قال ابن اذینه وکان زراره یقول هذا ویحلف انه الحق الا انه کان یقول ان کانت تحیض فحیضه وان کانت لا تحیض فشهر ونصف ـ وسائل باب ۴ ابواب المتعه .

وفی تفسیر العیاشی عن ابی بصیر عن ابی جعفر فی المتعه نزلت هذه الایه فما استمتعتم به منهن الی ان قال ولایحل لغیرک حتی تنقضی عدتها وعدتها حیضتان وسائل باب ۲۳ ابواب المتعه .

وقدیستدل بما فی صحیح زراره عن الباقر علیه السلام ان علی المتعه ما علی الامه بضمیمه روایه محمدبن الفضیل عن ابی الحسن الماضی قال طلاق الامه تطلیقتان وعدتها حیضتان اذ الحاصل من الروایتین ان عده المتعه تکون مثل عده الامه وهی حیضتان .

لکن الظاهر من الروایه بقرنیه صدر روایه زراره والمماثله فی الایام وهی عنه علیه السلام قال وعده المطلقه ثلثه اشهر والامه المطلقه علیها نصف ما علی الحره وکذلک المتعه علیها مثل ما علی الامه لکن التامل فی الروایه یعطی ان المماثله من جمیع الجهات لا فی جهته الایام فقط الا ان فی عده روایات ان المتعه بمنزله الامه لکنها بصدد بیان انها لا تنحصر فی الاربع ولایقف فی حد بل یتزوج منها حیث یشاء .

وکیف کان فلابد من رفع الید عن ظاهر الروایات بقرینه الروایات الوارده فی الحره انها یتحقق فیها بثلاثه حیض بمعنی ان الدخول فی الحیضه الثالثه یکشف عن خروج العده فکذلک فی المتعه والامه فان بالدخول فی الحیضه الثانیه یکشف ذلک عن الخروج عن العده

وبذلک یجمع بین الروایات المتخالفه ظاهرا وان الجمیع یلائم القول بکون العده حیضه تامه وطهره تامه سواء تقدم الطهر علی الحیض او العکس کما فی روایه الحمیری الاتیه ـ وبعباره اخری ان عنوان الحیضتین باعتبار کونهما کاشفتین عن خروج العده فبمجرد رویه الحیضه الثانیه فی بعض المواقع یعلم خروج العده وفی بعض الاحیان لایحتاج الی الحیضه الثانیه کما اذا قارن خروج الاجل او هبتها من اول الطهر فان خروج العده بطهره تامه و حیضه تامه ولایحتاج الی الدخول فی طهره اخری فضلا عن الحیضه الاخری ـ فالحیضه التامه والطهره التامه لایستلزم الحیضتین والطهرین کما قدعرفت عن بعض من قارب عصرنا من عدم الانفکاک عنها من جهته ان وقوع الهبه لمدتها او انقضائها مقارنه للان المتصل بزمان حیضها او للان المتصل بزمان طهرها فی غایه الندره بل انقضاء المده والهبه یکون غالبا فی اثناء الحیض او الطهر. ممالا یصغی الیه بعدوجوده فی الخارج وانکان نادرا فلا بدمن بیان کلیه تفی بجمیع الاقسام والافخروج بعض الافراد یوجب فسادها ـ وسیاتی لذلک زیاده توضیح انشاء الله تعالی.

القول الثانی انها طهران بینهما حیضه وقدنسب الی المفید والحلی والمختلف وهوظاهر الشهید فی المسالک واستدل فی المسالک بصحیحه زراره عن ابی جعفر (ع) قال سالته عن حرتحته امه او عبد تحته حره کم طلاقها وکم عدتها فق السنه فی النساء فی الطلاق فان کانت حره فطلاقها ثلثا وعدتها ثلث اقراء وان کان حرتحته امه فطلاقه

تطلیقتان وعدتها قران ورواه الشیخ باسناده عن محمدبن یعقوب مثله فالروایه صحیحه لاحسنه مع ضمیمه ماتقدم من ان المتعه علیها مثل ما علی الامه وسائل باب ۴۰ من ابواب العده .

وان القرء هوالطهر بقرنیه الروایات الوارده فی الحره ان الاقراء هی الاطهار لکن یردعلیه انه لم یثبت عموم المنزله بین الامه والحره من جمیع الجهات والروایه الداله علیه کماتقدم هی فی صوره الاخذ بالعده بالایام الا الحیضه کمافی روایه محمد بن الفضیل السابقه والروایات الوارده فی ان المتعه بمنزله الامه من جهته عدم توقفها علی حدمن حیث العده ویتزوج منها ماشاء .

اللهم الا ان یرجع هذه القول ایضا الی ماذکرناه من استلزامه غالبا الحیضه التامه والطهر التام ولکن یبعد ذلک انه اذا انقضی اجلها بخروج الحیضه مثلا فان الطهر الاول احدالطهرین والطهر الثانی بعدالحیضه لابدان یتم حتی یحکم بخروج عدتها او اذا خرج اجلها بالدخول بالحیضه فانها حیضه لها ولابدمن مضی طهرین بعد ها بینهما حیضه حتی یتوقف خروج العده علی الحیضتین التامتین والطهر تین التامتین فهوایضا فی غایه البعد.

والقول الثالث مانسب الی الصدوق فی المقنع من انها حیضه ونصف

قال فی المقنع واذاتزوج الرجل امراه متعه ثم مات عنها فعلیها ان تعتد اربعه اشهر وعشره ایام فاذا انقضت ایامها وهوحی فحیضه ونصف مثل مایجب علی الامه انتهی .

(فی الایراد علی صاحب الجواهر حول مذهب زراره)

ویمکن حملها علی احتساب العده بالایام ویمکن ان یستدل علیه بصحیح عبدالرحمن ابن الحجاج قال سالت ابا عبدالله (ع) عن المراه یتزوجها الرجل متعته ثم یتوفی عنها زوجها هل علیها العده فقال تعتد باربعه اشهروعشرا " فاذا انقضت ایامها وهوحی فحیضه ونصف مثل مایجب علی الامه قال قلت فتحل قال فقال نعم اذا امکثت عنده ایاما فعلیها العده وتحدوا ذاکانت عنده یوما اویومین اوساعته من النهار فقد وجبت العده کملا ولاتحد- وسائل ابواب العده ۵۲.

لکن الظاهر من الصحیحه بقرینه عده الوفاه هوالاخذ بالعده من جهته الایام وهو خمسه واربعون یوما لامن جهته الحیضه اوالطهره حتی ینافی ماتقدم .

والقول الرابع وهوالحیضه ونسب ذلک الی زراره ایضا کما تقدم وهوالمحکی عن ابن ابی عقیل العمانی ویدل علیه جمله من الروایات منها صحیح زراره المقدمه انه کان یقول انکانت تحیض فحیضه وانکانت لاتحیض فشهر ونصف ویمکن ان یقال بقرنیه اقرار زراره وحلفه بحقیقه ماقاله ابن جریح ان المراد بالحیضه هونفس طبیعه الحیض بعدتصریح عبدالملک بن جریح علی الحیضتین فالزراره یقول بهذا ویعترف انکانت المراه تحیض فیحکم بخروج عدتها بالحیض وان لم تحض بشهرونصف حتی یرجع الاستثناء فی مذهب زراره الی القید الاخیر وهوشهر ونصف الا انه بعید عن مساق الاستثناء فکان ابن اذینه استثنی الحیضه اوهی مع شهرونصف .

ومنها صحیحه جمیل بن صالح عن عبدالله بن عمرالذی لم یرد فیه توثیق فی یب قال سالت اباعبدالله (ع) عن المتعه فقال حلال لک من الله ورسوله قلت فماحدها قال من حدودها ان لاترثها ولاترثک قال فقلت فکم عدتها فقال خمسه واربعون یوما اوحیضه مستقیمه - ویمکن ان یرادمن الحیضه المستقیمه مایقارن الطهر سواء کان متقدما علی الحیضه اومتاخرا والا فلایستقیم معنی للمستقیمه.

ومنها) ما عن قرب الاسناد عن احمدبن محمدبن عیسی عن احمد بن محمدبن ابی نصر عن الرضا قال سمعته یقول قال ابوجعفر (ع) عده المتعه حیضته وقال خمسه واربعون یوما لبعض اصحابه وتوجیه هذه الروایه ایضا مثل ماتقدم من اقتران الحیضه بالطهره بقرنیه ما سیاتی من روایه الحمیری .

ومنها مارواه احمدبن ابی طالب الطبرسی فی الاحتجاج عن محمد بن عبدالله بن جعفرالحمیری عن صاحب الزمان (ع) انه کتب الیه فی رجل تزوج امراه بشی معلوم الی وقت معلوم وبقی له علیها وقت فجعلها فی حل مما بقی له علیها وقدکانت طمثت قبل ان یجعلها فی حل من ایامها بثلثه ایام ایجوزان یتزوجها رجل اخر بشی معلوم الی وقت معلوم عند طهرها من هذه الحیضه اویستقبل بها حیضته اخری فاجاب علیه السلام یستقبل بها حیضه اخری غیر تلک الحیضه لان اقل العده حیضه وطهره تامه .

فهذا الروایه من اقوی الشواهد علی ماقدمناه من کفایه الحیضه التامه والطهره التامه من غیر فرق بین تقدم الطهر علی الحیض

کما فی مدلول الروایه اوتاخر الطهر علی الحیضه کما اذا انقضی مدتها برویه الدم فیحسب لها حیضه ویستقبل بها طهرا بعده فیحل للازواج من دون احتیاج الی رویه الدم الاخر نعم لابد من الحیضه الاخری لاجل کشفه عن تمام الطهر.

وبما ذکرنا تعرف الجواب عن القول باحتیاجها الی حیضتین تامتین بحیث لایجزی فی انقضاء اجلها فی اثناء حیضها والدخول فی حضیه اخری اوانه یکفی فیهما بعض الحیضه الاولی ولولحظه والحیضه الثانیه ولو لحظه اوانه لابد من تمام الحیضه الثانیه تامه او بالعکس اولابد من حیضه کامله ولحظه من حیضه اخری من غیر فرق بین السابقه واللاحقته فالذی ینساق الی الذهن من جمیع ما ذکرناه الی هنا هوالاخذ بالطهر التام والحیض التام من غیر فرق بین التقدم والتاخر.

مسئله لافرق فیما ذکر بین کون المتمع بها حره اوامه علی الاقوال المذکوره لاطلاق الادله من دون تفصیل بینهما بل کلمات الاصحاب ایضا مطلقه وادعی بعضهم الاجماع علی ذلک.

واذا کانت حبلی فعدتها وضع الحمل حره کانت اوامه.

والاحتیاج الی العده فی تزویجها لغیرا یا ما واما بترویج نفسه فلا یحتاج فیها الی العده.

هذا کله فی کونها ممن تحیض.

واما اذا کان فی سن من تحتض ولکن تری الدم لعارض فعدتها خمسه واربعون یوما کما فی بعض الاخبار المتقدمه اوشهرونصف کما فی البعض

الاخری والاحوط ادخال اللیله الخامسه والاربعین کما فی الروایه المتقدمه عن البزنطی عن الرضا بالاحتیاط خمسه واربعون لیله بعد القول بخمسه واربعون یوما ـ والاحوط مع ذلک عدم الاعتناء بالتلفیق وان کان الاقوی الاخذ بالتلفیق فی مقدار ما مضی من الایام واللیالی ـ واما غیر مستقیمه الحیض والمسترابه من جهته رضاع وغیره فالذی یمکن ان یقال ان یتم العده باسبق الحالتین فان مضی قبل مده خمسه واربعین یوما الحیضتان فتخرج من العده وان اتفق مورد الایام من دون رویه الدم المعتبر فهو واحتمال کون المدار علی الحیضتین او الحیض والطهر الکاملین کما قویناه بعید فی المقام والله العالم .

****

وتعتد من الوفاه ولو لم یدخل بها باربعه اشهر وعشره ایام ان کانت حائلا" وبابعد الاجلین ان کانت حاملا علی الاصح ولو کانت امته کانت عدتها حایلا بشهرین وخمسه ایام .

والمسئله فی المقام ایضا مختلفه الحکم قال الشیخ فی النهایه ان عدتها مثل عده المعقود علیها عقد الدوام اربعه اشهر وعشره ایام وتبعه ابن البراج وابو الصلاح الحلبی وابن ادریس وهو ایضا قول الصدوق فی المقنع وقال المفید وسلار عدتها شهران وخمسه ایام وهو ایضا قول ابن ابی عقیل والمرتضی لما اجاب عن حجه الجمهور علی ان المتمتع بها لیست زوجه بانها لو کانت زوجه لوجب ان تعتد عده الوفاه

باربعه اشهر وعشره ایام لقوله تعالی والذین یتوفون منکم قال فاما ماذکروه من الاعتداد فهم یخصون الایه فی عده المتوفی عنها زوجها لان الامه عندهم زوجه وعدتها شهران وخمسه ایام واذا جاز تخصیص ذلک بالدلیل خصصنا المتمتع بها لمثله .

واختارالعلامه مااختاره الشیخ ومن تبعه ویدل علی الاول روایات منها صحیح عبدالرحمن بن الحجاج المتقدمه قال سالت اباعبدالله عن المراه یتزوجها الرجل متعه ثم یتوفی عنها زوجها هل علیها العده فقال تعتد باربعه اشهروعشرا فاذا انقضت ایامها وهوحی فحیضه ونصف مثل مایجب علی الامه .

ومنها صحیح زراره قال سالت اباجعفر ماعده المتعه اذا مات عنها الذی تمتع بها قال اربعه اشهروعشرا قال ثم قال یا زراره کل النکاح اذامات الزوج فعلی المراه حره کانت اوامه وعلی ای وجه کان النکاح متعه اوتزویجا اوملک یمین فالعده اربعه اشهرو عشرا وعده المطلقه ثلثه اشهر والامه المطلقه علیها نصف ما علی الحره وکذلک المتعه علیها مثل ما علی الامه .

واستدل للقول الثانی بانها کالامه حال الحیوه فکذلک بعدالموت ـ لکنه قیاس لانقول به .

ومن الروایات مارواه علی بن یقطین عن ابی الحسن(ع) قال عنده المراه اذا تمتع بها فمات عنها خمسه واربعون یوما باعتبار رحمله علی موت الزوج فی العده لافی المده ویرادمن العدد المذکورخمسه وستون یوما وهو بعید فی الغایه والروایه متروکه لایعتمدعلیه .

ومنها مارواه الحلبی عن ابیه عن رجل عن ابیعبدالله (ع) قال سالته عن رجل تزوج امراه متعه ثم مات عنها ما عدتها قال خمسه وستون یوما - حمله الشیخ علی الامه بناء علی ماتقدم من حکمه ان عدتها نصف عده الحره فی الوفاه.

ویدل علی حکم الامه عده من الروایات منها مارواه ابن مسکان عن سلیمان بن خالد قال سالت اباعبدالله عن الامه اذا طلقت ما عدتها قال حیضتان اوشهران حتی تحیض قلت فان توفی عنها زوجها فقال ان علیا قال فی امهات الاولاد لایتزوجن حتی یعتدن اربعه اشهروعشرا" وهن اماء - واستفاده حکم المتعه بناء علی اتحاد الحکم.

وصحیحه زراره عن ابی جعفر (ع) قال ان الامه والحره کلتا هما اذا مات عنها زوجها سواء فی العده الا ان الحره تحد والامه لاتحد.

ومنها ما عن وهب بن عبدربه عن ابیعبدالله (ع) قال سالته عن رجل کانت له ام ولد فزوجها من رجل فاولدها غلاما ثم ان الرجل مات فرجعت الی سیدها اله ان یطاها قال تعتد من الزوج اربعه اشهر عشره ایام ثم یطائها بالملک بغیر نکاح.

ومنها ما عن اسحق بن عمار قال سالت اباابراهیم عن الامه یموت سیدها قال تعتد عده المتوفی عنها زوجها الحدیث.

ومنها ما عن سلیمان بن خالد عن ابیعبدالله (ع) قال عده المملوک المتوفی عنها زوجها اربعه اشهروعشرا وفی قبال ذلک کله عده روایات تدل علی النصف مما سبق کروایه ابی بصیر قال سالت عن طلاق الامه فقال تطلیقتان وعدتها حیضتان وقال قال ابوعبدالله (ع) عده الامه

التی یتوفی عنها زوجها شهران وخمسه ایام وعده الامه المطلقه شهر ونصف وسماعه بن مهران قال سالته عن الامه یتوفی عنها زوجها فقال عدتها شهران وخمسه ایام الحدیث ومثله مارواه الحلبی عن الصادق ومحمدبن مسلم عنه ایضا ومحمدبن قیس عن ابی جعفر - والشیخ حمل ماتضمن اربعه اشهروعشره ایام علی ام الولد مع مخالفته فی ذلک فی جمله من کتبه وعمل به علی اطلاقه وکذلک جماعه من علمائنا وقد قرب فی بعض الاقوال حمل ماتضمن شهرین وخمسه ایام علی التقیه الموافقته لجمع من العامه الا انها اصح سندا واظهر دلاله فمع اتحاد حکم المتعه مع الامه یشکل ترجیح اربعه اشهروعشره ایام الا انه مع قطع النظر عن المماثله لابد من ترجیح الروایات الکثیره الداله علی الشهرین وخمسه ایام فی الامه ویرفع الیدبها عن اطلاق مادل علی کون الحکم فی الامه کالحره من غیر فرق فی ذلک بین الامه فی العقد الدائم او المتمتع بها ومن غیر فرق بین کونها ام ولد لسیدها اوغیره و مع الحمل فلا بد من الاخذ با بعد الاجلین کل علی مذهبه فعلی المختار لابد من الاخذ اما بالشهر ین وخمسه ایام واما بالحمل وعلی القول الاخر با بعد الاجلین من الحمل او اربعه اشهروعشرا.

اذا عقد علی حره فدخل بها ثم تبین فساد العقد فعدتها عده الطلاق کما فی العقد الدائم اذا تبین فساده بعد الدخول واما اذا کان الفساد فی عقد الامه فالحکم فیه هو الاستبراء بعد الدخول المجرد عن العقد الدائم علی الامه مع تبین فساد العقد فما یظهر عن السید فی ملحقات العروه بعد الحکم کما هنا بامکان ان یقال انه مع فساد العقد فی المتعه

تعتد عدة المتعة اذا كانت حرة واذا كانت امة فلها الاستبراء يخالف كلامه الاول فی مسئله ۹ من مسائل عدة المتعة راجع مسئله ۳ من الفصل الخامس فی جملة من المسائل المتعلقة بالعدة من ذلک الكتاب .

+****

(التاسعة) قد يقال ونسب الی المشهور انه لا يصح تجديد العقد عليها دائما ومنقطعا" قبل انقضاء الاجل لعدم قابلية تاخر عقد النكاح واستحالة تحصيل الحاصل - لكن قد عرفت عدم المنع من تاخر العقد عنه فی النكاح وغيره واذا كان الغرض تجديد العقد عليها دائما ومنقطعا بعد تمام الاجل فلا يلزم منه استحالة تحصيل الحاصل اذ لا يلزم من العقد عليها العقد ثانيا علی ما تحقق مسببه من الزوجية بالعقد السابق .

نعم فی صحيح ابی بصير قال لا باس ان تزيدک وتزيدها اذا انقطع الاجل فيما بينكما تقول لها استحللتک باجل آخر برضا منها و لا يحل ذلک لغيرک حتی تنقضی عدتها (باب ۲۳ كتاب المتعة) من الوسائل فالمفهوم منه المنع قبل انقضاء الاجل لكن الرواية بصدد بيان امر آخر وهو حكم تجديد العقد بالنسبة الی الزوج دون الاجنبی فلا منافاة من جواز ذلک بالنسبة اليه قبل تمام الاجل فان عقد المتعة كالعقود الاخر مخصوصا الاجارة فكما يصح الاجارة علی الدار والدابة و علی نفس العمل قبل انقضاء الاجل كذلک يصح عقد المتعة من دون فرق بينهما فيما هو المهم .

وفی رواية ابان بن تغلب قال قلت لابی عبدالله (ع) الرجل يتزوج

المراه متعه فیتزوجها علی شهر ثم انها تقع فی قلبه فیحب ان یکون شرطه اکثر من شهر فهل یجوز ان یزیدها فی اجرها ویزداد فی الایام قبل ان تنقضی الایام التی شرط علیها فقال لایجوز شرطان فی شرط قلت کیف یصنع قال یتصدق علیها بما بقی من الایام ثم یستانف شرطا جدیدا ـ باب ۲۴ ابواب المتعه فاذا کان المراد من الشرطین المدتین المتخالفتین والاجرین المتباینین فی شرط ای فی عقد واحد ومقتضاه عدم الصحه حتی اذا فعل ذلک فی اول العقد.

ویمکن ان یقال ان عدم الجواز وعدم النفوذ من جهته کون العقد واحدا فانه لایصلح لتنفیذ المدتین من اول الامر بل مدلول العقد الواحد انما هو بالنسبه الی المده والاجر الذی تعین من اول الامر والازدیاده فی الاجر والایام الواردین فی الخبر باعتبار لزوم الوفاء بهما من ناحیه العقد الاول فلا منافاه اذا کان ذلک بعقد جدید فی اثناء العقد الاول او بعد تمامه فان العقدین متخالفان وکذلک مقتضاهما بالنسبه الی الاجر والمده فلا منافاه بین العقدین کما فی تجدید الاجاره علی الدار قبل انقضاء مده الاجاره السابقه ولیس التجدید تنفیذا" للاجاره من جهته العقد السابق الواقع علی الاجره المعینه والمده کذالک فلا دلیل فی الروایه علی ماافتی به المشهور ـ ولذا خالف فی المسئله صاحب الوسیله ابن حمزه وصاحب المختلف بل نسب ذلک الی العمانی ایضا لاطلاق الادله کما لایمنع من تجدید العقد علیها فی اثناء عدتها وان لم یجوز ذلک لغیره علی اشکال فیه وقد تقدم.

قدوقع الفراغ عن بيان احكام المتعه يوم العاشر من ذي الحجه سنته ١٣٩١ في قم المحميه وقداخذ في هذه الايام عده من الطلاب واسترسلوا الى قزل قلعه السجن المعروف المخوف في شمال غربي تهران - لاجل اعتراضهم على قول السناتور پروفسورجمشيد اعلم العميل لاجل التهتک والاعتراض لغير الوارد على ايه اله الخميني زعيم الحوزه والدين في النجف الاشرف والمرجع في العراقين وطال ماوقع التشاجر بين العلماء والحكومه الايرانيه منذ عشره اعوام والله متمم بالخير والصلاح والتشاجر جار في هذه الايام ولم يقف الى حدقبل عشره اعوام وفي خلال هذه الازمه لازالت الطلاب والعلماء اخذوا في السجون وفي التبعيد بل في بعض الاحيان صاروا محكومين بالاعدام كسايرالمتدينين الايرانيين في المحاكمات الدستوريه وليس لهم جرم الاجراء القوانين الاسلاميه والاساسيته وكذلک ليس لبعضهم جرم الا الشركه في النشاط الفدائي في ارض فلسطين اللهم وفقهم لما تحب وترضى .

****

(فی بیان العیوب واحکامه)

ویلحق بالنکاح النظر فی امورخمسه الاول مایردبه النکاح و هو یستدعی بیان ثلاثه مقاصدالاول فی العیوب امافی الرجل واما فی المراه فعیوب المراه ثلاثه الجنون والخصاء والعنن فالجنون سببا تسلط الزوجه علی الفسخ دائما کان اوادوارا وکذا المتجدد بعدالعقد وقبل الوطی اوبعدالعقد والوطی ، ولیعلم انه لایحتاج لنافی تحقیق معنی الجنون وانه هل هوماخوذ من الجن بالفتح او الکسر اومن الجنان من جهته الحیلوله بینه وبین عقله علی الاول ومن جهته اصابته الجن علی الثانی اواصابه فی قلبه علی الثالث اذبای معنی کان لافائده فی تحقیقه فان الحکم تعلق بعنوان الجنون من ای سبب حصل ومن ای ماده اشتق فمع اطلاق العرف علیه الجنون یترتب علیه احکامه .

وحکم الفسخ مع تقدم الجنون اوتقارنه مع العقد مسلم وادعوا علیه الاجماع لامن جهته نفی الضرر والضرار لعدم صدقه فی بعض الموارد ایضا بل بناء علیها لابد من التنفید فی بعض الاحیان ولا یمکن الالتزام به .

بل من جهته النصوص الوارده فی المسئله

کروایه علی بن ابی حمزه قال سال ابوابراهیم عن امراه یکون لها زوج قداصیب فی عقله بعدما تزوجها وعرض له جنون قال لها ان تنزع نفسها منه ان شائت ومن المعلوم عدم مدخلیه لعروض الجنون فی ذلک

بل الملاک فی الفسخ هونفسه سواء کان متقدما "اومتاخراو مارواه الصدوق قال روی انه ان بلغ به الجنون مبلغا لایعرف اوقات الصلوٰة فرق بینهما فان عرف اوقات الصلوه فلتصبر المراه معه فقد بلیت .

والذی یظهر من المرسله انه لیس بصدد بیان الجنون الی قسمین بل بصدد بیان حکم الانفساخ مع بلوغ الجنون مبلغا لایعرف اوقات الصلوه فانه معه یصدق علیه الجنون واما مع عرفان اوقات الصلوه لایطلق علیه الجنون بل یقال انه سفیه فلابد للمراه من الصبر فانها قد بلیت فما یظهر من عده من الاصحاب التفصیل بین الجنون بعرفان اوقات الصلوه وعدمه مما لااعتبار به خصوصا بملاحظه ان عرفان اوقات الصلوه والحضور فیها یوجب سلب عنوان الجنون عنه ولایقال انه مجنون عرفا " فالروایه بصدد بیان مایبلغ معه الی حد الجنون الذی یوجب الفسخ اذا بلغ بتلک المرتبه بخلاف مالم تبلغ هذه المرتبه فانه لایقال له المجنون بل هوسفیه .

واما حدیث الحلبی عن ابی عبدالله (ع) انه قال فی الرجل یتزوج الی قوم فاذا امراته عوراء ولم یبینوا له قال لایردوقال انما یرد النکاح من البرص والجنون والجذام والعفل .

فانها بصدد بیان مایرد به الرجل دون المراه مخصوصا بملاحظه ذکر عیوب المراه فلایحرز معه الاطلاق حتی یقال به فی عیوب الرجل ایضا .

والمخالف لجمیع ماذکرناه روایه عباد الضبی عن ابی عبدالله قال فی العنین اذا علم انه عنین لایاتی النساء فرق بینهما واذا وقع علیها وقعه واحده لم یفرق بینهما والرجل لایرد من عیب .

ویرد علیه مضافا الی ضعف السند ان قوله لایرد علی صیغة المجهول (لا المعلوم) فلابد من اختصاصه بما عدا العیوب المنصوصة او بالتجدد بعد العقد کما قیل او حملها علی الجهة الاخلاقیة لا الحکمیة اللزومیة فکانه علیه السلام قال ان الرجل لایرد بهذه العیوب فان المراة محتاجة الیه من جهة النفقة والکسوة فمع ملاحظة هذه الامور فلاوجه لرد المراة ذلک العقد.

لکن سیاتی انه مع وجود العنین فی الرجل وبعد احرازه لاوجه للزوم الوفاء بالعقد فانه ایضا مبتنن علی بناء العقلاء فانهم لایردون بهذا العقد مع احتیاج المراة الی البعل لزوما ونفودا " حتی یحتاج الی الاستثناء فالروایات علی ماذکر جاریة علی طبق القواعد.

فیکشف ذلک انه مع العیوب الاخر کما اذا کان وجهه علی قفاه وافلیجا واعرج وذات الوان قبیحة عند العقلاء وذات مرض ونتن لا یتحمل معه عادة لامانع من الالتزام بجواز الفسخ الا ان الاحتیاط یقتضی الالتزام بمضمون العقد وهو البقاء علی الزوجیة.

****

وقد یشترط فی المتجدد ان لا یعقل اوقات الصلوه وهو فی موضع التردد من جهته اطلاق الادله المتقدمه ومن جهته استبعاد الفرق بین المتجدد بعد العقد والمتقدم علیه وغیر ذلک واختاره بعض الاصحاب لکن الذی یقوی فی النظر کما ادعاه فی الجواهر عدم الخلاف فی المسئله وان المراد بعدم عقله اوقات الصلوه تحقق الجنون الذی یسقط معه التکلیف ای یصل الی حد الحقیقی للجنون ویخرج عن حد السفه لا انه یقسم الجنون الی قسمین احدهما ما یعقل اوقات الصلوه والاخر ما لا یعقل فما یوجب الخیار عدم العقل فی المتجدد بخلاف السابق - اضف الی ذلک عدم استفاده الفرق من الخبر المزبور.

فما یظهر من الشیخ فی المبسوط والمهذب وغیرهما من الاجماع بعدم الفرق بین السابق واللاحق هو المتعین والذی یقرب من النظر ان من ذکر فی المتجدد ذلک اراد الاکتفاء به عن المتقدم بطریق اولی مع اتحاد حکمهما لا لاختصاص الحکم به دونه.

ثم ان ظاهر فتاوی الاصحاب بل صریح آخرین کجامع المقاصد وغیره عدم الفرق بین الدائم والمتمتع بها لوجود ما یوجب الفسخ فیهما واحتیاج الدائم فی کثیر من المواقع الی الطلاق دونه لا یوجب فرقا فی المقام والاطلاقات یشمله.

***

والخصاء سل الانثیین (ای اخراج الانثیین) وفی معناه الوجاء (وهورضهما) وانما یفسخ به مع سبقه علی العقد وقیل وان تجدد ولیس بمعتمد.

لایخفی ان الخصاء سواء کان بمعنی السل اوالوجاه عیب عرفی یوجب تسلط المراه علی الفسخ کما هوالمشهور بین الاصحاب کصحیحه ابن مسکان قال بعثت بمسئله مع ابن اعین قلت سله عن خصی دلس نفسه لامراه ودخل بها فوجدته خصیا " قال یفرق بینهما ویوجع ظهره ویکون لها المهر لدخوله علیها.

وفی روایه الکشی عن یونس عن بن مسکان کتب الی ابی عبدالله مع ابراهیم بن میمون یساله عن خصی دلس نفسه علی امراه قال یفرق بینهما ویوجع ظهره.

وفی موثقه ابن بکیر عن ابیه عن احدهما فی خصی دلس نفسه لامراه مسلمه فتزوجها فقال یفرق بینهما ان شائت المراه ویوجع راسه وان رضیت به واقامت معه لم یکن لها بعدرضاها به ان تاباه.

وموثقه سماعه عن ابیعبدالله (ع) ان خصیا دلس نفس لامراه قال یفرق بینهما وتاخذ منه صداقها ویوجع ظهره کما دلس نفسه .

وعن قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن جده علی بن جعفر عن اخیه قال سالته عن خصی دلس نفسه لامراه ماعلیه فقال یوجع ظهره ویفرق بینهما وعلیه المهر کاملا ان دخل بها وان لم یدخل بها فعلیه نصف المهر- ورواه علی بن جعفر فی کتابه الا ان فی بعض النسخ

خنثی بدل قوله خصی ـ واحتمل فی الوسائل صحه الروایتین وکونهما مسئلتین .

وفی الفقه الرضوی فان تزوج خصی فدلس نفسه لها وهی لاتعلم فرق بینهما ویوجع ظهره کما دلس نفسه وعلیه نصف الصداق ولاعده علیها منه فان رضیت بذلک لم یفرق بینهما ولیس لها الخیار بعدذلک .

لکن القول بتنصیف المهر کما فی الروایتین الاخیرتین خلاف ما علیه المشهور وعدم العده منه ایضا خلاف ما علیه الاصحاب من الاجماع علی العده فی صوره الدخول اللهم الا ان یقال ان الاجماع انما هو فی صوره کون الرجل ذا ماء وان له منیا لامطلقا ودون التزامه خرط القتاد .

واما القول بان الخصاء لیس بعیب کما فی المبسوط والخلاف اوفی صوره عدم الایلاج فهو مخالف للروایات الصریحه المشتمله علی کلمه (الدلس) المستعمل فی صوره العیب لامطلقا ومجردحصول الوطی وابلغیته من الفحل لایوجب رفع العیب عنه عرفا وشرعا " .

والمراد من الدلس فی الاخبار هو عدم اخباره بعیبه الخفی لانها اشترطت شرطا فظهر خلافه بل الزوج بالطبع الاولی مع الخصاء معیوب عرفا فلولم یکن فی البین روایه التزمنا به مع العیب العرفی وعدم ما یدل علی لزوم العقد معه عرفا " فظهر من ذلک کله ان الخصاء سواء کان بمعنی اخراج الانثیین اورضهما اوشقهما علی نحو یخرجان بذلک عما هما علیه من ایجادهما للماده المنویه اوغیر ذلک من الخواص یوجب الفسخ لکونه عیبا " عرفیا " من غیر فرق بین حصوله قبل العقد اوبعده

او المقارن مع الوطی وعدمه الا ان الالتزام بذلک کله علی خلاف ما علیه الفتوی بین الاصحاب وعدم القائل به مشکل جدا فلابد من مراعاه الاحتیاط.

***

والعنین مرض یضعف معه القوه عن نشر العضو بحیث یعجز عن الایلاج وتفسخ به وان تجدد بعد العقد لکن بشرط ان لایطاء زوجته ولا غیرها فلو وطئها ولو مره ثم عن او امکنه وطی غیرها مع عنته عنها لم یثبت لها الخیار علی الاظهر وکذا لو وطئها دبرا وعن قبلا".

اذا حصل العنن بای وجه کان سواء کان لاجل النقص الخلقی اولاجل العوارض کالسحر اولاجل مانع عرضی فی بدنه بان یکون عظم بطنه مانعا" عن وصول ذکره الی فرج المراه اوغیر ذلک یترتب علیه ما یاتی من الاحکام فی العنن والحکم بالفسخ فی صوره سبقه علی العقد من المسلمات عندهم واما المتجدد بعد العقد وقبل الوطی فهو ایضا" کذلک الا ما عن المبسوط وکانه خدشه فی الصغری وانه لایحصل بعد ما لم یکن والالتفات الیه بعد مصیر المعظم والاخبار الی الخیار معه واما المتجدد بعد العقد والوطی فهو مورد الخلاف بینهم.

مذهب الاکثر الی عدم الجواز والاخرین کابن زهره وظاهر المفید من القول بالتخییر مطلقا مدعیا" علیه اولهما الاجماع وعن المختلف التوقف فی ذلک لاجل تعارض الفتاوی اوغیره لکن المستفاد من اطلاق عده من الروایات هو جواز الفسخ حتی فی صوره تجدد العنین کما فی صحیحه ابن مسکان عن ابی بصیر یعنی لیث المرادی قال سالت ابا

عبدالله عن امراه ابتلی زوجها فلا یقدرعلی الجماع اتفارقه قال نعم ان شائت .

والظاهرمن الابتلاء انما هو بعدالعقد والوطی وانه ظاهر فی ان العله علی خیارالفسخ انما هوعدم قدرته لوطی هذه الزوجه فاذا قدر علی وطی المراه فکیف لایقدر علی وطی زوجته زینب مثلا بالخصوص الا ان یکون عن سحرالا ان المستفادمن هذه الروایه هوجواز الفسخ فی صوره عدم القدره علی الوطی مطلقا سواء قدرعلی غیرها اولا وسواء کان لاجل مرض خلقی اوعارض اوغیر ذلک من الموانع کمن منعه العدو اوالسجن عن وطی زوجته ابدا اومع احتیاج الزوجه الیها بحیث یوجب منعها عن اعمال الخیاروقوعها فی الزناء والفحشاء والتهلکه الی غیر ذلک من المحاذیر فیما بینهم .

وکصحیحته صفوان بن یحیی عن عبادالضبی عن ابی عبدالله قال فی العنین اذا علم انه عنین لایاتی النساء فرق بینهما واذاوقع علیها دفعه واحده لم یفرق بینهما والرجل لایردمن عیب .

والظاهرمن هذه الروایه ایضا ان موضوع الحکم للفسخ هو تحقق العنن فمع العلم به یفسخ من دون انتظار لشی اخروامامع الشک فیه کمااذاوقع علیها دفعه واحده لم یفرق والرجل لایرد من عیب مع الشک فیه اوعلی ماتقدم مناسابقا من کونه نکته اخلاقیه لاحکمیه واما علی العلم بتحقق العنن ولومع الوطی دفعه واحده بحیث یشهدبتحققه من له الخبره فی ذلک من الاطباء اوزوال القوه الشهویه منه بالکلیه بالعمل الجراحی مثلا فیحکم بجواز اعمالها الخیاران شائت

وخبرمحمد بن الفیضل عن ابی الصباح الکنانی قال سالت ابا عبدالله عن امراه ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع ابدا اتفارقه قال نعم ان شاءت ـ وعن الوسائل ان هذه الروایه ونحوها شامله للمجبوب علی ما قیل والله العالم وهوالحق لان عدم القدره اعم من العنین فیشمل جمیع ما ذکرناه من الصورالا ان یدل دلیل قاطع علی خلافه فالمیزان الوحید فی اعمال الخیار هوعدم القدره علی الجماع وهذه الروایه ایضا ظاهره فی تحقق العنن بعدالوطی لکن فی مقابل الاخبار المتقدمه روایات یستفاد منها ان اعمال الخیار فی مواردخاصه لامطلقا .

کموثقه عماربن موسی عن الصادق انه سئل عن رجل اخذ عن امراته فلا یقدر علی اتیانها فقال اذالم یقدرعلی اتیان غیرها من النساء فلا یمسکها الابرضاها وانکان یقدرعلی غیرهافلاباس بامساکها ـ فالمستفاد من هذه الروایه اختصاص الخیار بصوره عدم القدره علی اتیان غیرها من النساء .

لکن یمکن ان یقال ولیس بالبعید بعدکون الاخذ اعم من العنن لاجل سحروغیره انه اذا اخذ عن النساء فمع اتیان سایر النساء یعلم منه انه لیس من جهته العنن بل من جهته امرآخر من سحر اودعاء فهو مرجو الزوال فی مده قلیله اوغیرها فلا یوجب الخیارفی صوره زوال العذر فی المده الغیر المعتنی به واما فی صوره العلم بانه عنین بعدم اتیان سایر النساء ایضا فهو یوجب اعمال الخیار ـ ولیس فی ظاهرالروایه ما یدل علی ما فهم منه المشهورالا ان یکون المسئله

اجماعیه ولیس ، مضافا الی انه لایقاوم الروایات الداله علی ان موجب الفسخ هو عدم القدره علی الجماع مطلقا .

وصحیحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال العنین یتربص به سنته ثم ان شائت امراته تزوجت وان شائت اقامت فان اطلاقها شامل لما اذا حدث العنین بعد الدخول وانتظار السنه ایضا یفهم منه انه لعل الله یحدث بعد ذلک امرا والا فلایفهم منه انه امر تعبدی لابد من الانتظار ولو مع العلم والیقین بعدم رفع العیب بعد سنین بل الی آخر الابد ـ فمع العلم بالعنن وعدم القدره علی الجماع من ای وجه کان یوجب اعمال الخیار ومنه یظهر المراد من روایه محمد بن الفضل عن ابی الصباح الکنانی قال اذا تزوج الرجل المراه وهو لایقدر علی النساء اجل سنته حتی یعالج نفسه ـ فمن المعلوم انه فی صوره الشک فی زوال العذر ام لا وروایه ابی البختری عن جعفر عن ابیه ان علیا کان یقول یوخر العنین سنته من یوم ترافعه امراته فان خلص الیها والا فرق بینهما فان رضیت ان تقیم معه ثم طلبت الخیار بعد ذلک سقط الخیار ولاخیار لها .

فالامهال لاجل الخلاص من المرض لا لاجل نکتته تعبدیه لانعلمها فمع عدم رفع العذر والعلم بذلک لاوجه للانتظار .

ومارواه عبدالله بن حعفر فی قرب الاسناد عن جعفر بن محمد عن علی (ع) انه کان یقضی فی العنین انه یوجل سنه من یوم ترافعه المرائه ـ فالکلام فیه هو ما تقدم .

ومارواه ابن مسکان عن ابی بصیر ینتظر سنته فان اتاها والا فارقته

فان احبت ان تقیم معه فلتقم ـ وهذه الروایه غیر ما تقدم.

واما روایه غیاث بن کلوب الذی لم یرد فیه توثیق عن اسحق بن عمار عن جعفر عن ابیه ان علیا کان یقول اذا تزوج الرجل مراه فوقع علیها وقعه واحده ثم اعرض عنها فلیس لها الخیار لتصبر فقدا بتلیت ولیس لامهات الاولاد ولا الاماء ما لم یمسها من الدهر الا مره واحده خیار.

فمع الخدشه فی دلالتها بعدم دلاله الاعراض علی العنن ومضافا الی ضعف سندالروایه یمکن ان یقال انه علیه السلام فی مقام النصیحه للنساء بعد صیرورتهن امهات الاولاد والاطفال لافائده لهن فی اعمال خیارهن لاجل ابقاعهن فی المشقه من جهته فراق الاولاد وغیره ویمکن ان یکون هذه الروایه والتی بمساقها ان یکون وارده علی، مذاق بعض العامه فان اهل الظاهر لایوجبون الخیار علی الرد والامساک وهو قول عمر بن عبدالعزیز کما فی البدایه لابن رشد وفی الخلاف قال ابوحنیفه واصحابه النکاح لایفسخ بالعیب اصلا لکن ان کان الرجل مجنونا او عنیا ثبت لها الخیار خیار الفرقه فیفرق بینهما ویکون (فیکون) طلاقا لافسخا " فیحمل الروایات المخالفه علی مذاقهم ویمکن ان یقال ان تاجیل السنته فی بعض الروایات ایضا علی مذاق العامه کما فی البدایه بقوله واتفق الذین قالوا بفسخ نکاح العنین انه لاینفسخ حتی یوء جل سنته یخلی بینه وبینها بغیر عائق.

قد یقال ان القیود المذکوره فی النصوص باختلافها یمکن ان یکون لاجل طریقتیها الی تحقق العنن کما یویده ما دل علی ثبوت الخیار بمجرد العلم بانه لایاتی النساء ـ هذا کلام حق وتحقیق متین وقفنا

عليه بعد ما فرغنا مما تقدم الا انه قال بعد ذلك ويمكن ان يكون اعتبار القيود على وجه الموضوعيه وحيث ثبت كون الخيار على خلاف الاصل اعنى اصاله اللزوم المستفاد من اللادله في العقود فيجب الاقتصار في الخروج عنه على القدر المتيقن وهو ما اذا لم يقع عليها اصلا ولو مره ولم يقدر على اتيان غيرها من النساء ايضا ومضى سنته من يوم ترافعها الى الحاكم انتهى .

لكن يرد عليه مضافا الى رفع الشك بحسب الادله المتقدمه والقواعد الاجتهاديه الظاهره انه مع الشك ايضا لاوجه للمراجعه الى الادله الداله على اللزوم من قوله تعالى اوفوا بالعقود وغيرها فان المقام من الشبهته المصداقيه للادله وعلى فرض المراجعه ايضا لا يدل العمومات بازيد مما عليه العقلاء كما تقدم مرارا فليس في المقام لزوم فان اوفوا بالعقود ونحوه بصدد بيان ما عليه العقلاء في محاوراتهم وعرفهم لابصدد بيان امر اخر تعبدى ليس في بينهم اثر منه ولارسم .

نعم يبقى حكم الاستصحاب وهو تاره موضوعى واخرى حكمى فان جريان جميع اقسامه في المقام في صوره الشك بمكان من الامكان كما حقق في محله سواء كان من باب القسم الثانى من الاستصحاب واستصحاب بقاء نفس العقد وحكمه من وجوب الانفاق والتسليم من الزوجه بالنسبه اليه .

(في حكم وطي الدبر)

ثم ان الخيار الثابت للزوجه لايسقط مع التمكن من وطي الدبر دون القبل وان كان وطيه ايضا جايزا لان صرف الجواز لايوجب سقوط الخيار

بالنسبه الی ماهو المهم بل علیه یدور امرالزوجیه من الوطی فی القبل بل تشمئزالمراه بالنسبه الیه فان جوازه لایوجب التحمیل کما ان جواز اکل المعیب لایوجب سقوط خیاره وان کان راضیا بالاکل فما یظهر من الروضه والمسالک من السقوط فی صوره جواز وطی الدبر مما لیس علیه دلیل فان المدار عندالعقلاء هووطی القبل وجواز وطی الدبر امرآخر من جهته الالتذاذ وغیره والشارع لم یتصرف فی هذاالمقام فیما علیه مدارالاجتماع .

***

وهل یفسخ بالجب فیه تردد منشائه التمسک بمقتضی العقدوالاشبه تسلطها به لتحقق العجز عن الوطی بشرط ان لایبقی له مایمکن معه الوطی ولوقدرالحشفه ولو حدث الجب لم یفسخ به وفیه قول آخر.

المشهور بین الاصحاب کون الجب من جملهالعیوب ولم ینقل احدمنهم فیه خلافا کما فی المسالک ووجه ترددالمصنف .

عدم النص فی المقام بخصوصه وورود فی الخصاء والعنن لکن اثبات حکمه من النصوص المشتمله علی حکم الخصاء والعنن بمکان من الامکان فانک قدعرفت عدم خصوصیه لهما بل الخیار فیهما ایضا لاجل عدم القدره علی الجماع فمع القدره ینتفی الخیار ومع عدم القدره لاینتفی ویمکن ان یقال انه مع القدره علی الجماع اذابقی من الذکر مالا یعتنی به بقدر نصف الانمله مثلا فهی ایضا بالخیار.

واما مع حدوث الجب اذا تجددالعیب بعدالعقد سواء کان قبل الوطی اوبعده فهل یجوز الفسخ اولا فکلام الاصحاب مختلف فذهب الشیخ فی

يه على ما قيل وابن البراج وجماعه الى ثبوت الخيار به متى وجدوا ستدل عليه في المبسوط بالاجماع بقوله واما الجب فعلى حز بين احدهما يمنع الجماع والثانى لايمنعه فان كان يمنع الجماع مثل ان جب كله اوبقى بقيه لكنه لايجامع بمثله فلهذا الخيار وان بقى منه ما يولج بمثله بقدر ما يغيب عنه في الفرج قدر حشفه الذكر فلاخيار لها لان كل احكام الوطى يتعلق بهذا وقال في موضع اخر منه وعندنا لايرد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون الذى لايعقل معه اوقات الصلوه وقال المخالف اذا احدث واحد من الاربعه الجنون والجذام والبرص والجب فلها الخيار وعندنا انه لاخيار في ذلك .

لكن في الجب قول اخر محكى عن القاضى والفاضل في التلخيص وموضع من التحرير انها تتسلط به حتى لوحدث بعد الوطى واسند هذا القول الى المبسوط والنهايه لكن قد عرفت ما في المبسوط ويحتمل ان يكون النسخه من النهايه الموجوده عند صاحب المسالك (مجبوبا) بدل (مجنونا) كما في النسخه الموجوده عندنا فلذا اسند الفسخ الى النهايه والله العالم

وعلى كل حال فلو قلنا بثبوته بتجدده بعد العقد قبل الوطى او بعده ففي القواعد ان الاقرب عدم فسخها لو كان قد صدر منها ذلك عمدا او لعله لانها حينئذ هي التي فوت على نفسها الانتفاع كما لاخيار للمشترى لو اتلف المبيع اوعيبه فيبقى اصاله اللزوم سالمه عن المعارض و ربما احتمل الثبوت ايضا من جهته انه كهدم المستاجر الدار

المستاجره له - لکن القیاس عندنا باطل ولیس فی المقام عموم یشمل الفرض واعمال الخیار فی امثال المقام ممالم یثبت عندالعقلاء

****

(فی عیوب المراه انها سبعه)

ولو بان خنثی لم یکن لها الفسخ وقیل لها ذلک وهوتحکم معامکان الوطی ولایردالرجل بعیب غیر ذلک .

والقائل بجواز الفسخ الشیخ قده فی المبسوط فی موضعین مع قوله فی موضع آخر منه انه لیس بعیب وانه بمنزله الاصبع .

والظاهران خنثائیه الرجل من جهته ثقبه فی جنب ذکره الشبیهه بفرج المراه وان کان یمکن فرض ماذکره الشیخ ایضا الا انه بذلک لایطلق علیه الخنثی لان ملاک الخنثائیه وجودآله الرجل فی المراه وآله المراه فی الرجل دون ان یکون للرجل آلتین وللمراه کذلک لعدم اطلاق الخنثی علیه عرفا وهذا الایراد بناء علی ماذکره فی المسالک واما عباره الشیخ فی المبسوط هکذا واما الخنثی فانه یجامع کالرجل وانماهناک خلقه زائده فهو کمالوکان له اصبع زائده وهذا الوجه اقوی فاصل الایراد مندفعه الا انه کان علیه المثال بالثقبه الزایده دون الاصبع کماهوظاهر.

والظاهر عدم الخیار کماذکره الشیخ وغیره

***

وعيوب المراه سبعه الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعرج والعمى اما الجنون فهو فساد العقل ، من غير فرق بين اقسامه اذا صدق عليها الجنون دائما كان او ادوارا " مضيعا اوقات الصلوه اولافلا عبره بعروض زوال العقل والنسيان وقتا ما لعدم صدق الجنون في الاول وعدمه مطلقا في الثاني فانهما مع تحققهما لايوجب اطلاق الجنون على ذيه ولا لاغماء السريع اذاكان سريعا اوزائلا بعد مده لعدم الصدق العرفي في ذلك كله والمدار على الصدق العرفي كائنا ماكان .

****

فلا يصدق مع المهر السريع زواله ولامع الاغماء العارض مع غلبه المره وانما يثبت الخيار فيه مع استقراره فاذا صدق مع استمرار الاغماء الجنون فيثبت والافلا لعدم الدليل وبقاء النكاح والكلام فيه كالكلام فيما قدمناه واما الجذام الذي يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم ولاتجزى قوه الاحتراق ولاتعجر الوجه ولا ستداره العين هذه العلامات ايضا اذا عد عرفا من اثرات الجذام فلا يبعد القول بالفسخ للصدق العرفي والميزان في ذلك الباب هو قول اهل الخبره لا الفقيه فمع شهاده العدلين اوتصادقهما عليه يحكم بالتحقق ومن المعلوم ان مجردظهور اماراته من تعجر الوجه واحمراره واسوداده و استداره العين وضيق النفس وبحته الصوت ونتن العرق وتساقط الشعر لايوجب القول بالجذام الا ان يدل عليه عرفا اجتماع هذه الاوصاف

الکاشفه اطمینانا اوعلما عن الجذام الثابت المستقر ومن المعلوم ان الجذام الزایل بالدواء والعلاج لایوجب الفسخ کما ان الجنون وسایر الامراض الموجبه للفسخ کالرتق والقرن ایضا کذلک فمع العلاج بالجراحه وغیرها لاوجه للفسخ.

والبرص وهو السواد والبیاض الظاهران علی صفحه البدن لغلبته البلغم اوالسوداء اوغیرهما ویعتبر فیه ایضا التحقق فلا عبره بالمشتبه بالبهق وغیره بل لابدان یعد مرضا والافصرف تغییر لون بعض الاعضاء لایعد فی العرف برصا وعیبا خلقیا.

والذی یظهر من المصنف کون البرص هو البیاض الذی یظهر علی صفحه البدن لغلبه البلغم ولایقضی بالتسلط مع الاشتباه، لکن کون المناط هو ما ذکره غیرمعلوم ولافرق فی التسلط علی الفسخ بین برء المحل الاول وعوده فی محله اومحل اخر للصدق العرفی.

****

(فی بیان حکم القرن)

واما القرن فقد قیل هو العفل وقیل هو عظم ینبت فی الرحم یمنع الوطی والاول اشبه فان لم یمنع الوطی قیل لایفسخ به لامکان الاستمتاع ولو قیل بالفسخ تمسکا بظاهر النقل امکن .

قال فی المبسوط واما ان کان بها قرن فالقرن عظم فی الفرج یمنع الجماع وقال اهل الخبره العظم لایکون فی الفرج لکن یلحقها عند الولاده حال ینبت اللحم فی فرجها وهو الذی یسمی العفل یکون کالرتق سواء ان لم یمنع الجماع فلا خیار له وان منع فله الخیار فان بانت خنثی قیل فیه قولان وان بانت عاقرا" فلاخیار له .

وعن کاشف اللثام هو ای الاتحاد بین القرن والعفل هو المعروف بین اهل اللغه وعن عده منهم یفسرونه بالعظم کما فی المحکی عن النهایه والصحاح والجمهره وکیف کان فالعمده بعد تحقق الموضوع عرفا هو بیان حکمه ولایبعد ان یقال باطلاق القرن بما یشبه العظم فی الفرج والعفل بما یشبه اللحم ولیس بلحم والظاهر اتحاد حکمهما من جهته المنع من الوطی .

فاذا امکن رفع المانع بالعمل الجراحی المتداول فی زماننا من دون نقص وعیب فلا اشکال فی عدم جواز الفسخ اذ العله فی الفسخ هو المنع من الوطی والفرض ارتفاع المانع بالعمل واما مع عدم الارتفاع فله الفسخ لجمله من الروایات .

کما فی صحیح ابن الحجاج عن الصادق قال المراه تردمن اربعه

اشیاء من البرص والجذام والجنون والقرن وهوالعفل مالم یقع علیها فاذا وقع علیها فلا ویمکن ان یکون التفسیر من بعض الرواه.

وصحیح الحلبی عنه انه قال فی الرجل یتزوج الی امراه فاذا امراته عوراء ولم یبینوا له قال لاترد وقال انما یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل .

لکن فی الفقیه روی الاولی قال قال ابوعبدالله المراه ترد من اربعه اشیاء من البرص والجذام والجنون والقرن وهوالعفل مالم یقع علیها فاذا وقع علیها فلا.

وروی الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح (الحسین) قال سالت ابا عبدالله عن رجل تزوج امراه فوجدها قرناء قال هذه لاتحبل (وفی نسخه الوسائل وینقبض زوجها من مجامعتها) (الا انا نقلناه عن الفقیه) تردها علی اهلها قلت فان کان دخل بها قال انکان علم بها قبل ان یجامعها ثم جامعها فقدرضی بها وان لم یعلم بها الا بعدما جامعها فان شاء بعد ذلک امسکها وان شاء سرحها الی اهلها ولها ما اخذت منه بما استحل من فرجها .

ولیس ببعید ما عن المغرب من کون القرن فی الفرج مانعا " عن نفوذ الذکر فیه اما غده غلیظه اولحمه مرتفعه اوعظم والمیزان هو عدم القدره علی الجماع مع کون الفرج بهذه الحاله .

وان لم یمنع الوطی لایفسح کما عن جماعه منهم الشیخ والقاضی بل فی المسالک نسبه الی الاکثر والمراد من المجامعه فی بعض الاخبار

یراد بها فی غیرالقبل اوفی اطرافه من دون دخول الذکر علیه مجازا " ومع القول بکون العفل اوالقرن واقعا فی جوف الرحم یمنع من ولوج الذکر ووصوله الی محله فیوجب الفسخ ایضا فعلیه یحمل الجماع علی معناه عرفا لامجازا " ولافی غیرالقبل .

ویقید ایضا صوره الوقوع علیها بعدالعلم بها کمافی روایه الحسن بن صالح والمرادمن الانقباض علی تقدیروجوده فی الروایه هو الانزجار من جهته عجزه عن کمال الوطی الاستکراه وعدم المیل لا عدم المیل معه الی المجامعه ویمکن ان یقال ان القرن اوالعفل بجمیع اقسامه یوجب الفسخ من جهته عدم کون المراه علی خلقتها الاصلیه سواء حصل الانزجارا والاستکراه اوشی اخر۔ وفی صحیحه ابی الصباح الکنانی اشاره الی هذا المعنی قال سئلت اباعبدالله عن رجل تزوج امراه فوجد بها قرنا قال هذه لاتحبل ولایقدرزوجها علی مجامعتها الخبر .

****

(فی الفسخ بالعرجاء

واماالافضاء فهو تصیرالمسلکین واحدا فهوایضا یوجب الفسخ والمراد به اتحاد مخرج البول والحیض اواتحادمخرج البولوالغائط کماهوالمتعارف اواتحادالثلاثه علی اختلاف فی تفسیره۔ ولا اشکال ولا خلاف ظاهرا فی کونه عیبا ترد به المراه ویدل علیه مضافا الی الاجماع ماتقدم من صحیحه الحذاء عن ابی جعفر (ع) فی رجل تزوج المراه من ولیها فوجد بها عیبا بعدما دخل بها قال فقال(ع) اذا

دلست العفلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه ومن کان بها زمانه ظاهره فانها تردعلی اهلها من غیر طلاق الخبر.

نعم فی صوره الشک فی معنی الافضاء وعدم احرازه عرفا یحکم ببقاء حکم العقد بعدالفسخ ایضا کما تقدم غیرمره.

واما العرج ففیه تردد اظهره دخوله فی اسباب الفسخ اذا بلغ حد الاقعاد وجه التردد اختلاف الاقوال فی المسئله فعن عده منهم عدوها من العیوب کما هوواضح والاخرون انکروها ولعل مرادهم من نفیه نفی العیب الموجب للفسخ والا فکیف یمکن نفی العیبیه عن العرج والاعرج والعرجاء لکونه انحرافا عن الخلقه.

ویدل علی الفسخ صحیح ابی عبیده عن ابی جعفر فی حدیث قال انا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه ومن کان بها زمانه ظاهره فانها تردعلی اهلها من غیر طلاق ویاخذالزوج المهرالذی کان دلسها الحدیث.

والمراد من الزمانه الظاهره هوالعاهه المعلومه وعن اظهر مصادیقها العرج بلغ حدالاقعا دام لا والمرادمنها العاهه کما عن بعض اهل اللغه علی ماصرح به فی الریاض.

وصحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر قال تردالبرصاء والعمیاء والعرجاء .

وصحیح داودبن سرحان عن الصادق علیه السلام فی الرجل یتزوج المراه فیوتی بها عمیاء اوبرصاء اوعرجاء قال تردعلی ولیها ویکون لها المهر علی ولیها الحدیث.

ومنافاه هذه الاخبار من مفهوم العدد والحصر المستفاد من الروايات قد عرفت جوابه غير مره فلا نعيد.

فالاقوى كون مطلق العرج عيبا الا ان لايكون بينا على وجه يعد عيبا عرفا ولعل هذا مراد من قيده بالبين والظاهره فمع عدم وصوله الى حد الاقعاد ايضا يوجب الفسخ .

نعم اذا ثبت كون العرج غير الزمانه كما يظهر عن الصدوق فلايمكن استفاده حكم العرج من الخبر الداله على الزمانه الا ان الظاهر انه من افراد الزمانه والله العالم .

****

وقیل الرتق احد العیوب المسلطه علی الفسخ وربما کانوا بان منع من الوطی اصلا لفوات الاستمتاع اذا لم یمکن ازالته او امکنه فامتنعت من علاجه والظاهر من الرتق ان یکون الفرج ملتحما لیس فیه مدخل للذکر ویوجب الخیار مع منع الوطی ولم یمکن ازالته او یمکن فامتنعت ولیس له اجبارها علی ازالته کما فی القواعد ولعل الوجه فی ذلک من جهته الحرج فی بعض الاحیان وکذا الضرر وفیها ما لا یخفی بل فی المسالک ان الاجبار لیس حقا له کما انه لو ارادته لم یکن له منعها لعدم کونه من حقوق الزوجیه کالخروج عن البیت المستلزم لذهاب حقه - بل هو داخل فی التداوی الجایز له علی الوجه المقرر شرعا.

والظاهر ان الرتق ضد الفتق کما فی قولهم رتق فتقهم ای اصلح ذات بینهم - ولا یهمنا الاستقصاء فی ذلک وعن عده من الاصحاب اتحاده موضوعا مع العفل والقرن وعن اخرین هو الاتحاد حکما - وعن العلامه فی التحریر - القرن بفتح القاف وسکون الراء قیل عظم فی الفرج یمنع الوطی وقیل العظم لا یکون فی الفرج لکن یلحقها عند الولاده حال ینبت اللحم فی فرجها وهو الذی یسمی العفل والرتق لحم ینبت فی الفرج یمنع دخول الذکر فالالفاظ الثلاثه مترادفه فان کان هذا العیب لا یمنع من دخول الذکر لم یکن له خیار سواء کان لصغر الته اولخلو المدخل عن المانع وان حصل فی بعضه وان منع من دخول الذکر ثبت له الخیار الی ان قال ولو حیط الشفران کان الحکم فیه کالرتق

ایضا یثبت به الخیار مع المنع من دخول الذکر وامتناعها من المعالجه ولو بانت عاقرا فلاخیار له ایضا انتهی .

فهو ایضا یوجب الفسخ لمشارکته فی العله التی فی روایه الحسن بن صالح من انقباض زوجها من مجامعتها ولما فی صحیح ابی الصباح الکنانی - قال سالت اباعبدالله علیه السلام عن رجل تزوج لمراه فوجدها قرناء قال هذه لاتحبل ولایقدر زوجها علی مجامعتها ویردها علی اهلها صاغره ولامهر لها قلت فان کان دخل بها قال ان کان علم بذلک قبل ان ینکحها یعنی المجامعه ثم جامعها فقد رضی بها وان لم یعلم الا بعدماجامعها فان شاء بعدامسک وان شاء طلق وقدعرفت فیما سبق ان القرن اذاکان فی جوف الفرج لایمنع من الدخول الا انه یمنع من کمال الوطی ویحصل له الانقباض منه ویمنع من ادخال جمیع الذکر فی الفرج فهو من العیوب الموجبه مع عدم القدره علی الوطی المتعارف للفسخ .

فما فی المسالک تبعا للمحقق الثانی - من نفی الخیار مع عدم بلوغ الارتتاق حدا لمنع من الوطی ولو لصغیر الاله فی غیر محله لما عرفت من ان المراد من الوطی هو کماله علی ما هو المتعارف وهو ممنوع منه مع ملاحظه حالها نعم لوکان کبر الاله مانعا " من الدخول ولو لم یکن فیها عفل ولارتق فلا یوجب الفسخ من جهته .

وقد عرفت اتحاد معنی الرتق والقرن والعفل علی ما فی التحریر بل الحق به مخیط الشفرین .

بل عن الغزالی من العامه الحاق ضیق المنفذ زایدا علی المعتاد بحیث لایمکن وطیها الا بالافضاء به ونفی عنه الباٴس فی الجواهر- والفرق بین نحیف الاله وغیره هومایرجع الی مافی جامع المقاصد والمسالک ولیس تفصیلا اخر.

واوضح فسادا التفصیل بین من لاتسع حشفته امراه اصلا فیوجب الفسخ وبین من تسع له بعض النساء اذهو کاتری یوجب الفسخ من ناحیه الزوجه لاالزوج والتفصیل فی غیرمحله.

واماالعمی فهوایضا من العیوب الموجبه للفسخ اذاکان قبل العقد وهوالمشهور بین الاصحاب بل علیه الاجماع عن المرتضی وابن زهره وهوالحجه مضافا الی صحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال تردالبرصاء والعمیاء والعرجاء .

وصحیح داودبن سرحان عن ابی عبدالله علیه‌السلام فی الرجل یتزوج المراه ویوتی بها عمیاء اوبرصاء اوعرجاء قال ترد علی ولیها ویکون لهاالمهر علی ولیها وانکان بهازمانه لایراهاالرجال اجیزت شهاده النساء علیها.

وصل البحث هناوکتبناه یوم‌الجمعه لخمس مضین من الربیع‌الثانی من ۱۳۹۱ من الهجره النبویه علی هاجرها السلام .

***

(فی بیان انحصار العیوب فی السبعه وعدمه)

ولا ترد المراه بعیب غیر هذه السبعه لایخفی ان انحصار العیوب فی السبعه مبنی علی اتحاد موضوع العفل والقرن والرتق وکذا اتحاد موضوع الاقعاد والعرج واما علی عدم الاتحاد فلا بد من رفع الید عن مفهوم الحصر المستفاد من صحیحه الحلبی وعبدالرحمن بن الحجاج وغیرهما وقد عرفت فیما سبق الحاق مخیط الشفرتین بالرتق کما تقدم عن العلامه فی التحریر ومن الواضح المعلوم عدم اتحاد موضوعه مع الرتق والقرق والعفل وکذا قد عرفت نفی الباس من الحاق ضیق المنفذ بها کما عن صاحب الجواهر ناقلا له عن الغزالی وکذا قد عرفت ان المراد من الزمانه هو مطلق العاهه کما عن الریاض .

فبملاحظه مانقل والتعلیل الوارد فی صحیح ابی الصباح الذی صرح فیه بعدم القدره علی الجماع وروایه الحسن بن صالح من انقباض زوجها من مجامعتها الذی قد عرفت ان المراد به المنع من کمال الوطی والایلاج الحاصل بالوطی عند العرف .

یعلم ان الملاک فی الفسخ هو عدم القدره علی الوطی سواء کان من العیوب المذکوره فی الروایات ام لا والاشمئز ازوالنفره عند العقلاء کما فی القرن فی بعض مصادیقها ووفی موارد العیوب العقلائیه کمثل الاقعاد والعرج والعمی والبرص والجذام اذکل ذلک لایمنع عن الوطی الصحیح بل فی بعض موارد ها لا اشمئز ازولا نز جار کالعمی والعرج ـ وبالجمله لامانع من القول بالفسخ فی العیوب

التی یوجب الانحراف عن الخلقه الاصلیه کما اذا فرضنا فرجها فی احدی فخذیها وکذا اذا فرضنا وجهها علی قفاها اوفرضنا راسه قائما علی احدمنکبیه اومقطوع الیدین والرجلین اوهما اومقطوع الاذنین بحیث یعد عیبا عندالعقلاء وکذاالکلام فی العوراء اذاکانت الروایه المشتمله علی عدم الرد ارشادیا واخلاقیا کما لایبعدمع غلبه العور فی الازمنه السابقه ونفینا عنه البعد

فی قوله الرجل لایرد من عیب فانه ایضا اخلاقی

ونفینا عنه البعد فی قوله الرجل لایردمن عیب فانه ایضا اخلاقی لاتعبدی حکمی . والذی یرشدالی ماذکرناه ماصرح به فی الاستبصار بعد نقل الاخبارالمتخالفه مالفظه ـ فالوجه فی الجمع بین هذه الاخباران مازاد علی الجنون والجذام والبرص والعفل و والافضاء من العیوب التی یتضمن بعض الاخبار مثل العمی والعرج والزمانه الظاهره محموله علی ضرب من الکراهته ویستحب لمن ابتلی بذلک الا یردها فاما الخمسه الاشیاء التی ذکرناها فله ردها منها علی کل حال والذی یوکد ماقلناه .

مارواه حماد عن الحلبی عن ابی عبدالله علیه السلام انه قال فی رجل یتزوج الی قوم فاذا امراته عوراء ولم یبینوا له قال لایرد، انما یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل قلت ارایت ان کان قددخل بها کیف یصنع بمهرها قال لها المهر بمااستحل من فرجها ویغرم ولیها الذی انکحها مثل ماساق الیها ـ انتهی ما عن الاستبصار .

والشیخ قده وان حمل الفسخ فی غیر الخمسه المذکوره فی الروایات علی الکراهه وذکر موردا لکراهته من العمی والعرج والزمانه واکد دلیله بروایه الحلبی المشتمله علی العوراء ـ فیستفاد منه انه ایضا یقول بکراهته الفسخ فی العوراء والا لم یکن وجه بالاستدلال بالروایه .

واضف الی ذلک ان مورد روایه الحلبی هو التدلیس بالعوراء وعدم بیان اهل المراه للزوج هذا العیب الذی یصدق حتی مع السکوت عنه فی صوره الاستخبار بل مطلقا التدلیس فهو یوجب الفسخ کما فی عده من الروایات .

(منها) صحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال فی کتاب علی علیه السلام من زوج امراه فیها عیب دلسته ـ ولم یبین ذلک لزوجها فانه یکون لها الصداق بما استحل من فرجها ویکون الذی ساق الرجل الیها علی الذی زوجها ولم یبین .

وسیجیئ فی باب التدلیس انه یوجب الخیار فمورد روایه العوراء مما اوجب الخیار ومع ثبوت التدلیس فلا اشکال فی ثبوت الخیار کما فی صحیح ابی عبیده عن ابی جعفر قال فی رجل تزوج امراه من ولیها فوجد بها عیبا بعد ما دخل بها قال فقال اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه ومن کان بها زمانه ظاهره فانها ترد علی اهلها من غیر طلاق ویاخذ الزوج المهر من ولیها الذی کان دلسها فان لم یکن ولیها علم بشی من ذلک فلاشیی علیه وترد علی اهلها الخ .

والظاهر من الروایه بیان موارد یصدق معها التدلیس لا حصر التدلیس او الفسخ به بالموارد المذکوره.

وفی روایه رفاعه بن موسی قال ساءلت اباعبدالله (ع) الی ان قال وسالته عن البرصاء قال قضی امیرالموءمنین فی امراه زوجها ولیها وهی برصاء ان لها المهر بما استحل من فرجها وان المهر علی الذی زوجها وانما صار علیه المهر لانه دلسها.

ولیس فی ذیلها حکم الرد لکن بقرینه صدرها وهو عدم الرد فی المحدوده یستفاد منه الرد فی مورد البرصاء

وصحیح الحلبی عن الصادق فی رجل دلسته امراه امرها او ذات قرابه اوجار لها لایعلم دخیله امرها فوجدها قددلست عیبا هو بها قال یوخذ المهر منها ولایکون علی الذی زوجها شیی.

وفی قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن علی بن جعفر عن اخیه قال سالته عن امراه دلست نفسها وهی رتقاء قال یفرق بینهما ولا مهر لها.

ومن المعلوم ان التدلیس موجب للخیار اذا کان مایقع به التدلیس مذکورا فی العقد بنحو الاشتراط ویلحق به توصیفها به فی العقد وان لم یکن بعباره الاشتراط کما اذا قال زوجتک هذه البنت الباکره او غیرالثیبه اوغیرالعوراء بل الظاهر تحقق ذلک اذا وصفها بصفه الکمال اوعدم النقص قبل العقد بحیث یکون التوصیف موجبا للرغبه وداعیا بل یصدق مع السکوت فی صوره الاستخبار ومطلقا فی بعض الموارد فصوره تدلیس العوراء یوجب الخیار فصحیحه الحلبی

المشتمله على عدم الرد بالعور لابد من حمله على الحكم الاخلاقي دون الالزامي حتى لاينافي الروايات المتقدمه .

اذ صريح الروايه لولم يكن ظاهرا " هوالتدليس بقوله ولم يبينوله - فانه كان على اولياء المراه البيان ولم يبينوا فقال في هذا المقام مع تحقق التدليس بعدم الرد.

وفي روايه زيدالشحام عن ابي عبدالله (ع) قال تردالبرصاء والمجنونه والمجذومه قلت العوراء قال لا - الا ان في سندالروايه المفضل بن صالح الذي قيل في حقه انه ضعيف كذاب يضع الحديث روى عن الصادق والكاظم ومات في زمن الرضا (ع).

ومن المعلوم عدم مقابله هذين الروايتين للروايات الداله على جواز الرد في صوره تحقق الدلس خصوصا روايه زيدالشحام بل هو يوجب الوهن فيالروايه الاخرى ايضا لضعف سندها .

وفي صحيح ابان عن عبدالرحمن بن الحجاج قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج المراه فعلم بعدما تزوجها انها قدكانت زنت قال ان شاء زوجها اخذالصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء تركها قال وتردالمراه من العفل والبرص والجذام والجنون فاما ماسوى ذلك فلا.

والظاهرورود الذيل والصدر في مجلس واحد الا انه ليس منالبعيد ورود هما في مجلسين لاشتمال الصدر ايضا على الرد مع نفيه في غير الاربعه وقد تقدم الكلام منافي الفسخبالزنا فراجع .

والظاهران بناء الاستدلال على ان قوله ان شاء زوجها اخذالصداق

ممن زوجها ولیها الصداق بما استحل من فرجها کنایه عن المفارقه بقوله (ان شاء ترکها) وحاصل الجواب انه یتخیر بین فراقها فیاخذ الصداق ممن زوجها وبین امساکها وترکها علی حالها

ومن الروایات فی الباب صحیح ابی عبده عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل تزوج امراه من ولیها فوجد بها عیبا بعدما دخل بها قال فقال اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونه والمفضاء وماکان بها زمانه ظاهره فانها ترد علی اهلها من غیر طلاق ویاخذ الزوج المهر من ولیها الذی کان دلسها فان لم یکن ولیها علم بشیی من ذلک فلاشیی له وترد الی اهلها قال وان اصاب الزوج شیئا مما اخذت منه فهوله وان لم یصب شیئا فلاشیی له قال وتعتد منه عده المطلقه ان کان دخل بها وان لم یکن دخل بها فلا عده له ولامهر لها .

فبعد کون الزمانه عباره عن العاهه اوعدم بعض الاعضاء کما صرح به جمع من اللغویین لایبقی شک فی اطلاقها الی خیار التدلیس بالنسبه الی کل عیب ولوکان من جهته العور ومع عدم التدلیس ایضا ترد الی اهلها من غیر طلاق .

نعم فی قبال صحیحه عبدالرحمن بن الحجاج القائله بالفسخ بقوله ان شاء اخذ الصداق الذی تقدم انه کنایه عن الفسخ وسیاتی).

صحیحه رفاعه بن موسی قال سالت اباعبدالله علیه السلام عن المحدود والمحدوده هل ترد من النکاح قال لا الحدیث فان الحد علیها کانت منجهته الزنا فلا اقل من اطلاقها الشامل لصوره الحد من الزناء

وهوالعار لامطلق الحدولولم یکن عن تقصیر فیمااذا اشتبه الامر علی‌الحاکم وفیمااذا اجری علیهاالحد من السرقه ـ فلایمکن‌ان یقال بالجمع بین هذه والروایه المتقدمه بحمل هذه علی‌المحدوده من غیرالزنا حتی یقال بعدم‌الردوالسابقه علی الزناء المشتمله علی الترک .

لان المحدوده ظاهره فی کونها من جهته الزنا فیخالف فی مدلولها الصحیحه المتقدمه من الرد فی صوره الزنا ـ فلااقل من ان یقال انه فی صوره‌الزناء ایضا ترد فیضاف‌الی‌العناوین السابقه فالزناء السابق ایضا ممایوجب‌الفسخ کمافی العفلاء والجذماء والبرصاء والمجنونه والعمیاء والعرجاء والمفضاه ومخیط الشفرین ومضیق الفرج الی غیر ذلک مماصرحوابالفسخ فیها من غیرطلاق بل‌ولم یکن خوف‌الاجماع لقلنا به فی‌المبتلی بالامراض‌المسریه التی یخاف منهاالهلاک وکذافی‌الشابه مع انکشاف‌الزوج هرما غایته مع عدم علمها بذلک وکذا فی کل عیب عقلائی فی‌الزوج والزوجه مع التدلیس فی الاخیرین .

ثم ان الفسخ فی صوره امتناع الزوجه من رفع المانع کمااذا استلزم رفعه‌العسرو(الحرج) وکذا قالوابه فی صوره الامتناع من الرفع ولیس‌له‌الزامها علی رفع المانع للاصل وللعسروالحرج وفی القواعدایضا لیس‌له اجبارها علی علاج الرتق بل فی المسالک لان ذلک‌لیس‌حقاله کماانه‌لوارادته لم‌یکن له منعها لانه تداو الا ان ذلک لایتم فی جمیع المقامات اذله حق الاستمتاع‌من‌الزوجه‌فله‌الزامه

بما هو مخل به من تمشیط راسها و سواک اسنانها وکذا له الاجبار علیها برفع المانع من فرجها اذا اخل بکمال الاستمتاع او اصل الوطی او کماله مع عدم عسر وحرج فی البین کما فی الجراحه والتداوی المعموله فی زماننا بالاغماثات الطبیه من دون احساس للالم ومن دون عسر وحرج فی ذلک فلا بد من رفعها الموانع کلها مع القدره العرفیه علیه.

ثم انه لا اشکال فی جواز الفسخ والرد فی زناء الزوجه قبل دخول الزوج بها الذی اثبت به الخیار الصدوق لما فی صحیح اسماعیل بن ابی زیاد عن جعفر بن محمد عن ابیه (ع) قال قال علی (ع) فی المراه اذا زنت قبل ان یدخل بها زوجها قال یفرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث کان من قبلها - واطلاقه یشمل صوره الزنا بعد العقد الا ان الظاهر منه هو ما قبل العقد الذی یلائم التدلیس).

وقد تقدم صحیح عبدالرحمن بن ابی عبدالله فی ذلک - ومثله صحیح معویه بن وهب.

وکذا صحیح الحلبی عن الصادق (ع) قال سالته عن المراه تلد من الزنا ولایعلم بذلک احد الا ولیها ایصح له ان یزوجها ویسکت عن ذلک اذا کان قد رای منها التوبه اومعروفا فقال ان لم یذکر ذلک لزوجها ثم علم بعد ذلک فشاء ان یاخذ صداقها من ولیها بما دلس علیه کان ذلک علی ولیها وکان الصداق الذی اخذت لها لاسبیل علیها فیه بما استحل من فرجها وان شاء زوجها ان یمسکها فلاباس.

وصحیحه الفضل بن یونس قال سالت ابا الحسن موسی بن جعفر عن رجل تزوج امراه فلم یدخل بها فزنت قال یفرق بینهما وتحد الحد ولا صداق لها لان الحدث کان من قبلها ـ وهذه الروایه غیر منطبق علی صوره التدلیس لان الزناء کان بعد العقد وقبل الدخول.

ومثله مطلق الزناء من الرجل والمراه قبل العقد وبعده الذی اثبت به الخیار الاسکافی للخبر الا انه یخالفه اخبار اخر فلا یمکن الالتزام به.

ومثله فی الرد المحدوده الذی اثبت الخیار فیه للزوج اکثر القدماء علی ما فی المسالک للحرج بالنفره والعار.

ولصحیحه عبدالرحمن بن الحجاج المتقدمه علی ما استدل به العلامه من طرف المفید وغیره ففی المختلف اختلف الشیخان فقال المفید ترد المحدوده فی الفجور وبه قال سلار وابن البراج واختاره ابن الجنید وابو الصلاح ایضا وقطب الدین الکیدری احتج المفید باشتماله علی العار فکان موجبا للتسلط علی الفسخ وبما رواه عبدالرحمن بن ابی عبدالله عن الصادق(ع) قال سالته عن رجل تزوج امراه فعلم بعد ما تزوجها انها قد کانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وان شاء ترکها.

الا انه خالف فی ذلک الشیخ فی النهایه وفی بعض کتب الحدیث وکذا ابن ادریس الا ان التامل الصادق یوجب الاطمینان بانه لاجل الجمع بین خبری رفاعه ابن موسی وابن الحجاج مع ترجیح الاول علی الثانی

مویدا بمفهوم الحصر وغیره الا انه کما تری بل الترجیح مع روایه ابن الحجاج الذی قالوا فیه لانعرف فیه الا ان له حظا من عقل وقال بعض اصحابنا بتزکیته وکذا ابنه ابوهمام ورفاعه بن موسی ایضا وان کان من الثقات الا ان عمل الاصحاب لروایه ابن الحجاج یوجب الترجیح والاخذ به موافقا للروایات الاخر التی قدعرفتها .

والغرض من التطویل فی المقام هوکسر سوره الحصر الذی اتکل علیه المتاخرون من اصحابنا بحیث لایرون لازیدمن العناوین الستهاوالسبعه ان ترد وکانهم اخذوا فی ذلک کله بالالتزام بمضمون العقدولزومه المستفادمن اوفوا بالعقود وغیره الا انک قدعرفت غیرمره ان اوفوا بالعقود لایودی ولایستفادمنه ازید مما علیه طریقه العقلاء فی عقودهم فما یرونه لازما فهولازم فما یرونه غیر لازم لایمکن التزامه بالعموم بعد العیب الواضح الذی یردون به العقلاء ولایتلزمون معه بلزوم العقد وخصوصا مع صدق التدلیس فی بعض الاحیان الذی ورد الرد به کما نطق به الروایات فی باب تدلیس الامه مکان الحره کما سیاتی ومن المعلوم ان الزناء السابق وکونها محدوده وکونها امه مکان الحره عیب عند العقلاء وکذا اذا کانت عوراء وکذا اذا کانت لها زمانه ظاهره اوباطنه تعرفها النساء واجیزت شهاده النساء فیها . وبعباره اخری ان اوفوا بالعقود یوجب الالزام بالعقد ان کان لازما فلازم وان کان جایزا فجایز .

والمرادمن الزمانه هوالعاهه کما قدمناه ویوضح ذلک بما فی روایه داودبن سرحان عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یتزوج المراه

فیوتی بها عمیاء اوبرصاء اوعرجاء قال تردعلی ولیها ویکون لها المهر علی ولیها وان کان بها زمانه لایراها الرجال اجیز شهاده النساء علیها.

ومن المعلوم انه لوکان الزمانه مرادفه للعرج اوالعرج البین لما احتاج فی ذلک الی شهاده النساء فالذی یحتاج فی اثباته الی شهادتهن حتی یردبه النکاح هوالعیوب الباطنیه التی لایطلع علیها الرجال غالبا بل تطلع علیها النساء فشهادتهن فی مثل تلک العیوب ممضاه وقدحکی عن الصدوق انه جعل الزمانه غیرالعرج فاثبت الخیار بها دونه.

وفی القاموس الزمانه الحب والعاهه زمن کفرج زمنا وزمنه بالضم وزمانه فهو زمن وزمین ج زمون وزمنی ـ انتهی.

وفی مجمع البحرین فی حدیث المراه وانکان بها زمانه لایراها الرجال اجیزت شهاده النساء علیها الزمانه العاهه وافه فی الحیوان انتهی.

وفی الریاض الاقعاد هومن الزمانه وانکان مطلق العاهه کما عن بعض اهل اللغه انتهی.

قال الصدوق فی المقنع وان تزوج الرجل امراه فوجدها قرناء اوعفلاء اوبرصاء اومجنونه اوکان بها زمانه ظاهره کان له ان یردها الی اهلها بغیرطلاق انتهی.

وقال فیه ایضا والمسلم ان النکاح لایردالا من اربعه اشیاء من البرص والجذام والجنون والعفل الا انه روی فی الحدیث ان العمیاء

والعرجاء تردانتهی .

مع انه اضاف فی ماتقدم الزمانه الظاهره ایضا وکذا قال فیه ایضا فی موضع اخر اذا زنت المراه قبل دخول الرجل بها فرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث جاء من قبلها ـ قال فی المختلف ان الطریق ضعیف والوجه ان الزناء لایوجب الرد وقدسلف فی المحدوده انتهی وقد عرفت فیما سبق دلاله صحیح ابن الحجاج ومعویه بن وهب والسکونی والحلبی علی الفسخ فی صوره الزناء والرمی منه قدس سره بضعف السند فی غایه الضعف .

(فی وجه الجمع بین الروایات)

والذی یمکن ان یقال بعدامعان النظر والتدقیق فی مغزی مراد القوم ان الذین قالوا بعدم الرد فی المحدوده وکذافی الزانیه اوالزانی علی القول به لاجل عدم کونه عیبا کما فی الثیب بالنسبه الی الباکره والهرم بالنسبه الی الشاب فلذا یتمسکون فی عدم الرد بصحیح رفاعه بن موسی المتقدمه التی افتی بمضمونها الشیخ وجمع کثیر من المتاخرین من اصحابنا .

والذین قالوا بجواز الرد تمسکا بالصحاح المتقدمه وغیرها من العلل من العار وغیره انما ارادوا الفسخ به فی صوره التدلیس کما یرشد الی ذلک صحیح ابن الحجاج بقوله فعلم بعدما تزوجها انها قد کانت زنت وکما فی صحیح الحلبی التصریح بصوره التدلیس والرجوع علی ولی المراه من جهته ما دلس علیه الی غیر ذلک من الروایات وملاحظه کلماتهم فنقول بمضمون کلتا الطائفتین من الروایات ففی صوره عدم

الدلس لانقول به وفی صوره الدلس نقول به بل فی کل عیب حتی فی العوراء والزمناء الی غیر ذلک لکن یخالف هذا الجمع صحیح الفضل بن یونس الذی صرح بالفراق واجراء الحد علیها وعدم الصداق لها فی صوره تحقق الزناء بعد العقد وقبل الدخول الذی لاینطبق علی صوره التدلیس فلا بد من العمل بها فی مورده کما عن الصدوق اوترکها ورد علمها الی اهلها .

(المقصد الثانی فی بیان احکام العقود)

ویمکن الجمع بین الاخبار السابقه وصحیح رفاعه بن موسی الذی یقول بعدم الرد فی المحدود والمحدوده ان الخبر راجع الی رد وجوب النفی القائل به حسن البصری الذی یطابق بظاهره قوله تعالی وحرم ذلک علی المؤمنین والاخبار راجعه الی جواز الفسخ فی صوره الدلس به لعیب کما تقدم منا ذلک سابقا الذی استوفینا الکلام فیه فی شروط الکفائه .

المقصد الثانی فی احکام العیوب وفیه مسائل الاولی العیوب الحادثه بالمراه قبل العقد مبیحه للفسخ وما یتجدد بعد العقد والوطی لایفسخ به وفی المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد اظهره انه لایبیح الفسخ تمسکا بمقتضی العقد السلیم عن المعارض .

اما المسئله الاولی فیدل علیه مضافا الی الاجماع المدعی الروایات الداله علی جواز الفسخ فی العیوب الحادثه قبل العقد .

واما المسئله الثانیه فیدل علیه صحیح عبدالرحمن المتقدمه عن ابیعبداله قال المراه ترد من اربعه اشیاء من البرص والجذام

والجنون والقرن وهو العفل مالم یقع علیها فاذا وقع علیها فلا.

وصحیحه غیاث بن ابراهیم عن جعفر عن ابیه عن علی(ع)فی رجل تزوج امراه فوجدها برصاء اوجذماء قال انکان لم یدخل بها و لم تبین له فان شاء طلق وانشاء امسک ولاصداق لها واذا دخل بها فهی امراته ومن المعلوم ان المراد من الطلاق هو الفسخ بقرنیه قوله ولاصداق لها ـ کما حمله الشیخ علی المعنی اللغوی دون الشرعی

وفی صحیح ابی عبیده الحذاء المتقدمه ایضا دلاله علی ذلک وهو الفسخ فی صوره التدلیس وهو لایتحقق فی صوره حدوث العیب بعد العقد والوطی وبعد العقد وقبل الوطی ایضا .

الا انه مع ذلک للخدشه فی حمیع ما ذکر مجال من جهته کون الاجماع من جهته التمسک بلزوم العقد فلایکشف عن قول المعصوم وبعباره اخری ان الاجماع من جهته الاجتهاد والاستظهار من الادله لا التعبد فی المقام واما الاخبار فان الظاهر منها ان الدخول من جهته الرضا بمضمون العقد فمع الدخول یحکم علی الزوج بانه کان راضیا وبلزوم العقد الی ان یثبت المزیل بالطلاق وایجاب التدلیس الفسخ لایدل علی الامضاء فی صوره عدمه کما فی صوره الحدوث بعدهما ولذا نسب الخلاف الی ابی علی والشیخ فی المبسوط .

قال فی المبسوط بعد بسط الکلام فی العیوب الموجوده باحد الزوجین حال العقد مالفظه فان حدث عیب بعدان کان معدوما حال العقد لم

يخل من احد امرين اما ان يحدث بالزوج او بالزوجه الى ان قال وان حدث بها عيب فكل العيوب يحدث بها الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن فاذا حدث فهل له الخيار ام لا قيل فيه قولان احدهما لاخيار له والثاني له الخيار وهو الاظهر لعموم الاخبار الى ان قال فان كان قبل الدخول سقط المهر وان كان بعد الدخول فان كان العيب حدث بعد العقد وقبل الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل لان الفسخ وان كان في الحال فانه مستند الى حال حدوث العيب فيكون كانه وقع مفسوخا " حين حدث العيب - وان كان حدوثه قبل الدخول فكانه مفسوخ قبل الدخول وحصل الدخول في نكاح مفسوخ فوجب مهر المثل واما اذا كان العيب حدث بعد الدخول استقر المسمى لان الفسخ اذا كان كالموجود حين حدوث العيب فقد حدث بعد الاصابه فاستقر المهر ثم فسخ بعد استقراره فلهذا لزمه المسمى فهذا فصل بين ما يحدث بعد الدخول وقبله فاما ان دخلا او احدهما مع العلم بالعيب فلاخيار بلا خلاف انتهى .

وكلام المبسوط ينادي بجواز الفسخ وبعد فرض الثمره في صوره الدخول بالفسخ لامانع من الالتزام به كان الفسخ لايعد طلاقا ولايعد من الثلاث كما لايخفى الاعن ابي حنيفه القائل بان الفسخ ايضا طلاق .

لكن مع ذلك كله الالتزام بقوله في مقابل الاكثر مشكل جدا .

****

(فی حکم العیوب قبل العقد وبعده)

واما المسئله الثالثه وهوحدوث العیب بعدالعقد وقبل الدخول فالمشهور کما عن المتن التمسک بمقتضی العقدالسلیم عن المعارض - بل الاجماع المحکی فی کلماتهم بحیث ینسبون قول المخالف الی الشذوذ ولظهوراکثرالنصوص وصراحه بعضها فی السابق علی العقدکقوله فی خبرالبصری تزوج امراه فوجدبها قرنا وفی خبرالحذاء تزوج امراه من ولیها فوجد بها عیبا وفی خبری الحسن بن صالح والکنانی تزوج امراه فوجدبها قرنا وفی خبرغیاث تزوج امراه فوجدها برصاء اوجذماء وفی خبرابن مسلم من تزوج امراه فیها عیب دلسته وفی خبررفاعه زوجها ولیها وهی برصاء الی غیر ذلک .

لکن المخالف فی المسئله الشیخ فی الخلاف والمبسوط وابوعلی علی ما حکی عنه .

قال فی المبسوط فان کان العیب حدث بعدالعقد وقبل الدخول سقط المسمی ووجب مهرالمثل لان الفسخ وان کان فی الحال فانه مستندالی حال حدوث العیب فیکون کان وقع مفسوخا حین حدث العیب انتهی .

وقدتقدم کلامه مفصلا ایضا .

وقال فی الخلاف مسئله ۱۲۸ النکاح ، اذا حدث بالمراه احدالعیوب التی تردبه ولم یکن فی حال العقد فانه یثبت به الفسخ وللشافعی فیه قولان احدهما قاله فی القدیم لاخیارله وقال فی الجدیدله الخیار وهواصحهما دلیلنا عموم الاخبارالتی وردت فی ان له الردبهذه العیوب

ولم يفصلوا بين عيب كان حال العقد وبين ما يحدث فيما بعد وخبر الغفاريه يدل على ذلك لان النبي (ص) لم يفصل .

واطلاقات الاخبار بجواز الرد من الجذام والجنون والبرص والقرن والرتق والعرجاء والزمناء يرشد الى ذلك كما تقدم.

واضف الى ذلك كله عدم اللزوم في العقد والشك في لزومه من اول الامر وقد تقدم مرارا عدم ما يتفاهم منه عرفا بما يزيد على ما يتفاهم عند العقلاء وليس المقام من قبيل العيوب الحادثه للمبيع بعد القبض حتى يكون الخساره على المشتري والنقص منه لان النكاح ليس مثل البيع والعقود المعاوضيه فكلما يلتزم به العقلاء هو لازم و الا فلا ومع ذلك كله القول بما هو خلاف المشهور بين الاصحاب مشكل وان كان مطابقا للقواعد الاوليه فالقول بالفسخ انما هو في صوره بين وجود العيوب المذكوره قبل العقد واما بعد العقد سواء كان قبل الدخول ام بعده فلا يوجب الفسخ مطلقا وان كان القول بالفسخ في الصور الثالثه مطابقا للقواعد.

(هل خيار الفسخ على الفور ام لا)

الثانيه خيار الفسخ على الفور فلو علم الرجل او المراه بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد وكذا الخيار مع التدليس والعمده في المسئله هو الاجماع المدعى والا فمجال الخدشه في دليلها واضح ضروره انه بعد ثبوت الفسخ بالعيب وحصل التاخير لاجل مصلحه في البين كحراره وبروده ولمصلحه المراه في بعض الاحوال كما اذا تاخر الفسخ

لان يصل اليد الى الحاكم او المراه الى اهله الى غير ذلك من المصالح فمعه لا دليل على لزوم الفوريه بحيث اذا تاخر لا يمكن له الفسخ ومن الواضح ان الرضا بمضمون العقد امر وتاخير الفسخ لاجل مصلحه امر اخر.

وليس في البين ما يقتضي اللزوم حتى يلزم من التاخير مخالفه الاصل او الاطلاق ، نعم لو كان جاهلا بالخيار او بالفوريه فهو معذور لاطلاق ما دل على الخيار الا ما خرج .

كما انه لا اشكال في صوره منعه من اعمال الخيار كما اذا قبض على فيه او حد بالقتل وغيره من المهالك والمضار قال في المسالك بعد ذكر فوريه الخيار عن الاصحاب والتعليل بدفع الضرر والاقتصار على القدر المتقين ـ ليس لهم في ذلك نص بخصوصه ثم ان كان العيب ظاهرا لا نزاع فيه بينهما فالفوريه معتبره في الفسخ وان توقف ثبوته على المرافعه الى الحاكم فالفوريه في المرافعه اليه وفي التحرير اطلق ان الفوري هو المرافعه الى الحاكم وان كانا متفقين على العيب وكذلك عبر الشيخ في المبسوط وهو حسن حيث يتوقف الامر على الحكم انتهى .

****

(الفسخ ليس بطـلاق)

المسئله الثالثه :

الفسخ بالعيب ليس بطلاق فلا يطرد معه تنصيف المهر ولا يعد في الثلث اما عدم كونه طلاقا لعدم انتصاف المهر معه الا في العنه للنص من دون احتياج فيه الى لفظ خاص وشاهدين وايقاعه في طهر غير المواقعه فيه ولا يعد في الثلاث المحرمه الا ما قد عرفت عن ابي حنيفه وتنصيف المهر في العنته انما هو لورود النص الخاص به .

المسئله الرابعه :

يجوز للرجل الفسخ من دون اذن الحاكم وكذا للمراه نعم مع ثبوت العنن يفتقر الى الحاكم لضرب الاجل ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطي . لعدم الفرق بين هذا الخيار بعد تحقق موضوعه والخيار في المعاملات فانه لذي الخيار من دون اعتبار الى الحضور عند الحاكم او اذنه فضلا عن مباشرته نفسه الفسخ الا انه يظهر عن ابن الجنيد والشيخ في المبسوط والعلامه في التحرير توقف الفسخ الى اذن الحاكم وقد علل الشيخ بانه فسخ مختلف فيه ثم قال ولو قلنا على مذهبنا ان له الفسخ بنفسه كان قويا والاول احوط لقطع الخصومه والظاهر منه ان الاول جار على مذهب العامه والا فالاقوى في المذهب هو الفسخ بنفسه ونقل في لك اطلاق القول بالفوريه عن التحرير والشيخ في الرجوع الى الحاكم لكن ملاحظه كلامهما يوجب خلاف المنسوب اليهما .

قال الشيخ في المبسوط ما لفظه كل موضع يثبت فيه الخيار بالعيب

لاحد الزوجين فهو على الفور كخيار الرد بالعيب في المبيع ولسنا نريد بالفوران له الفسخ بنفسه وانما نريد به ان المطالبه بالفسخ على الفوريأتي الى الحاكم على الفورويطالب بالفسخ فان كان العيب متفقا عليه فسخ الحاكم وان اختلفا فالبينه على المدعي عليه واما الفسخ فالى الحاكم لانه فسخ مختلف فيه ولوقلنا على مذهبنا ان له الفسخ بنفسه كان قويا والاول احوط لقطع الخصومه وانت ترى انه يقول في كل موضع الفسخ انه مربوط الى الحاكم وليس للطرفين الفسخ مطلقا على مذاق العامه.

وقال ايضا في كلام متقدم له بعد ذكر العيوب فان رضي فلاكلام و ان اختار الفسخ اتى الحاكم ليفسخ النكاح وليس له ان يتفرد به لانه مسئله خلاف هذا عند المخالف ولايمتنع عندنا ان يفسخ الرجل ذلك بنفسه اوالمراه لان الاخبار مطلقه في هذا الباب انتهى وانت ترى ان كلام الشيخ في كل واحد من المورد ين من المبسوط ان مختاره هو الفسخ بنفسه من دون مراجعه الى الحاكم بل نقل الرجوع فورا الى الحاكم على مذهب العامه وصرح المذهب الحق بعده وقال في التحرير مسئله خيار الفسخ في العيب والتدليس معا على الفور فلوعلم احد الزوجين بعيب صاحبه واخر الفسخ بمقدار ايقاعه لزم العقد ولايفتقر الفاسخ الى الحاكم وانما يحتاج اليه مع ثبوت العنه بضرب الاجل ولها التفرد بعد انقضائه وتعذر الوطي بالفسخ خلافا للشيخ فانه اوجب الحكم الى ان قال ولايريد بالفور هنا ان له الفسخ بنفسه وانما يريد به ان المطالبه بالفسخ على الفوريأتي الى الحاكم وتطالب بالفسخ فان

اتفقا على العيب والا كان على المدعى البينه وعلى المنكر اليمين انتهى - وبعد تصريح العلامه بانه لايحتاج في الفسخ الرجوع الى الحاكم لايبقى محل لنسبته اطلاق الرجوع الى الحاكم في الفسخ اليه وكان المسالك لم يركلام العلامه قده والعلامه قدس سره مع علو شانه لم يتحقق كلام الشيخ في الموضعين من المبسوط حتى نسب اليه ما عرفت عندكتابته التحرير وان اطلع عليه عندكتابته مختلف وبعد وضوح المطلب لم يبق في المسئله مخالف الاعن ابن الجنيد كما نقله عنه في المختلف واذا اريدت الفرقه لم يكن الاعند من يحوز حكم من والي المسلمين اوخليفته او بمحضر من المسلمين انكانا في بلد هدنه اوسلطان متغلب - ومن المعلوم انه مذاق العامه ولمخاطلته معهم افتى بما هوالمشهور عندهم ولعله لم يكن فتواه ومختاره في الواقع .

***

الخامسه اذا اختلفا في العيب فالقول قول المنكر مع عدم البينه ، فان كان العيب جليا لاستره فيه يحكم به الحاكم من دون احتياج الى مطالبه المدعى البينه وكذا اذا لم يكن جليا لكن يعلم به الحاكم لانه عندنا يحكم بعلمه واما اذا لم يكن جليا ولايعلم به الحاكم فالقول قول المنكر مع اليمين الا ان يقوم البينه من جهته المدعى كساير الدعاوى من غير فرق بينها وبين ما نحن فيه .

***

(السادسه) اذا فسخ الزوج باحدالعيوب فان كان قبل الدخول فلا مهروانكان بعده فلها المسمى لانه ثبت بالوطى ثبوتا مستقرا فلا يسقط بالفسخ وله الرجوع به علىالمدلس، كما فى صحيح ابن عبيده فى رجل تزوج امراه من وليها فوجد بها عيبا بعدما دخل بهاقال فقال اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه وماكان بها من زمانه ظاهره فانها تردعلى اهلها من غيرطلاق ويا خذالزوجالمهر من وليها الذى كان دلسها فان لم يكن وليها علم بشى من ذلك فلاشيى له وترد على اهلها قال وان اصاب الزوج شيئا مما اخذت منه فهو له وان لم يصب شيئا" فلاشيى له قال وتعتدمنه عدهالمطلقه ان كان دخل بها وان لم يكن دخل بهافلا عده له ولامهرلها.

وفى خبر غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام فى رجل تزوج امراه فوجدها برصاء اوجذماء قال ان كان لم يدخل بها ولم يبين له فان شاء طلق وان شاء امسك ولاصداق لها واذا دخل بها فهي امراته - والمرادمن الطلاق هوالمعنى اللغوى - واما قوله اذادخل بها فهوامراته معناه اذادخل بها مع العلم بذلك لم يكن بعد ذلك ردها على حال لان ذلك يدل على الرضا منه بحالها على ما ظاهرحاله. مع العلم بالعيب.

وصحيح ابىالصباح عنالصادق(ع) عن رجل تزوجامراه، فوجد بها قرنا قال هذه لاتحبل ولايقدر زوجها عن مجامعتها يردها علىاهلها صاغره و لا مهر لها قلت فان كان دخل بها قال ان كان علم بذلك قبل انينكحها

(يعني المجامعه) ثم جامعها فقد رضي بها وان لم يعلم الابعد ما جامعها فان شاء بعد امسك وان شاء طلق .

وفي صحيح رفاعه بن موسى ان لها المهر على الذي زوجها وان صار المهر اليه لانه وليها ولو ان رجلا تزوج امراه وزوجه اباها رجل لا يعرف دخيله امرها لم يكن عليه شيي وكان المهر ياخذه منها .

الى غير ذلك من الروايات المعتبره الداله على الرجوع على المدلس في صوره الدخول ومع عدمه لاشيي عليه .

وليعلم انه مع الدخول لها مهر المسمي ولايتنزل على مهر المثل او قيمه الوطي الواحد او المتعدد لان المهر بمقتضي النكاح والفسخ انما هو ازاله قيد النكاح من حين الفسخ لا ازاله اصل النكاح حتى يرجع الى القيمه او مهر المثل مضافا الى روايه الحسن بن صالح بقوله ولها ما اخذت منه بما استحل من فرجها - وغيره ها من الروايات .

(في حكم ما لو ادعى الولي عدم العلم)

(بالعيب والمراه تقول بالعلامه)

مسئله علميه لاتخلو عن فائده وهي انه لو ادعى الزوج تدليس الولي فانكر الولي بالعيب كما اذا كان غايبا او العيب خفيا "لامثل العور والعمى والجنون فان الانكار لايسمع من الولي عاده فان لم يقم الزوج البينه كان على الولي اليمين فيرفع اليد عنه بحكم الحاكم

فاذا احلف الولي رجع الزوج على المراه لانها الغاره والمدلسته

علی الظاهر حیث لم یعلم الولی بذلک لکن ادعت الزوجه انه اما کان الولی عالما بالعیب او انها اعلمته بالعیب فلا بد للزوجه من اقامه البینه وللولی الحلف ایضا ولا یقال انه ثبت برائه ذمته فی الدعوی الاولی فلا یحتاج الی الحلف ثانیا فانه یقال ان طرف الدعوی فی الصوره الاولی هو الزوج وفی الصوره الثانیه هی الزوجه ولا منافاه بین برائه الذمه فی الدعوی الاولی واشتغال الذمه مع النکول فی الصوره الثانیه .

ویمکن ابتناء المسئله علی ان الیمین المردوده فی حکم اقرار المنکر بعد انکاره فکما یسمع اقراره بعد الانکار فکذلک یحکم بحلف المراه لسماع الاقرار بعد الانکار والحلف علیه ویمکن ان یکون حکم الیمین المردوده کالبینه من المدعی بعد تمام الدعوی بحلف المنکر فکما لا یسمع البینه بعد الحلف فکذلک لا تسمع حلفها بعد حلف المنکر اللهم الا ان یقال ان حلفه فی الدعوی الاولی لا یکتفی به فی الدعوی الثانیه فلا بد من حلفه ثانیا فمع عدمه یحکم بالنکول علیه مطلقا او مع یمین الزوجه کما هو الحق والموافق للاحتیاط - فترجع الزوجه علی الولی بحسب ظاهر الدعوی مع عدم رجوع الزوج علیه بحسب ظاهر دعویه .

ولیعلم انه مع عدم کون الولی او غیره مدلسا لا یرجع الزوج الیه بالمهر بل لو لم تکن هی ایضا مدلسه بان کانت لم تعلم به لخفائه او لجهلها بکونه عیبا فلا یرجع الیها ایضا - والظاهر عدم الخلاف فی شی مما ذکر فان المستفاد من النصوص ان المهر من جهته استحلال الزوج

فرجها واستقرار المهر بالوطی فیدفع الیه فی تمام المسمی - ففی صحیحه رفاعه بن موسی ان لها المهر بما استحل من فرجها وصحیح ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبی جمیعا عن الصادق(ع) فی رجل دلسته امراها اوذات قرابه وجارلها لایعلم دخیله امرها فوجدها قد دلست عیبا هو بها قال یوخذ المهر منها ولایکون علی الذی زوجها شیی .

وصحیح الحلبی عن الصادق(ع) فی حدیث قال انما یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل قلت ارایت ان کان قد دخل بها کیف یصنع بمهرها قال المهر لها بما استحل من فرجها ویغرم ولیها الذی انکحها مثل ما ساق الیها وصحیح داود بن سرحان عنه علیه السلام ترد علی ولیها ویکون لها المهر علی ولیها .

وصحیح محمد بن مسلم عن ابی جعفر قال فی کتاب علی(ع) من زوج امراه فیها عیب دلسها ولم یبین ذلک لزوجها فانه یکون لها الصداق بما استحل من فرجها ویکون الذی ساق الرجل الیها علی الذی زوجها ولم یبین .

وصحیح علی بن جعفر عن اخیه قال سالته عن امراه دلست نفسها لرجل وهی رتقاء قال یفرق بینهما ولامهر لها - الی غیر ذلک من الروایات التی یظهر منها حکم الولی والمراه اذا کان احدهما مدلسا .

ثم انه مع کونها مدلسه لایکون من المهر شی لها وان استحل الزوج بضعها والقواعد وان کانت تقتضی ان یکون لها ما یمکن ان یکون مهرا کما اعترف به العلامه فی القواعد وقال بالرجوع الیها الا بما یمکن ان یکون مهرا وهو اقل ما یتمول لئلا یخلو البضع عن العوض وعن ابی علی

الابمهر مثلها فانه العوض اذا كان الوطی لاعن زناء الا ان الاطلاقات الحاكمه بالرجوع علیها بالمهر من دون استثناء شیی یوجب الجزم بعدم استحقاقها شیا من المهر لا اقل ولا اكثر.

وعدم خلو البضع حتی فی صوره كونها مدلسه ممنوع وان كان الاحتیاط دفع مقدار ما یكون مهرا "او مهر المثل فظهر من جمیع ما ذكرناه عدم الفرق فی صوره التدلیس وعدمه بین كون الوطی للعقد محرما او غیره لان التدلیس والتفریط عن الاستعلام لایختص باحدهما بل یكون فیهما وقد ینتفیان عنهما.

الا انه فصل فی التحریر بین من یجوز له النظر الیها كالاب والجد والعم كان له الرجوع مع علم الولی بتغریره ومع عدمه لتفریطه بترك الاستعلام وبین من لایجوز النظر الیها كابن العم والاجنبی فان علم بالعیب رجع علیه وان لم یعلم كان الرجوع علی المراه انتهی

الا ان الظاهر انه لیس تفصیلا فی المسئله بل تحقیقا لموارد التدلیس عرفا وعدمه وانت تعلم انه قد یصدق التدلیس مع جواز النظر ممن كان غائبا عن عیاله وابنته مثلا وقد یصدق مع عدم المحرمیه كمن یقف علی خصوصیات ابنته عمه من دون نظر بالسئوال وغیره والمناط هو صدق التدلیس.

****

وكذا الو فسخت الزوجه قبل الدخول فلا مهر الا فی العنن ولو كان بعده كان لها المسمی وكذا لو كان بالخصاء بعد الدخول فلها المهر كملا ان حصل الوطی.

اما عدم المهر فی صوره کون الفاسخ هی الزوجه فلان الفسخ من قبلها وهی اولی من الزوج فی صوره عدم الدخول - فلا مهرلها بلا خلاف من جهته النص والفتوی کما تقدم.

واما ثبوت المهر فی العنن ولوکان قبل الدخول للنصوص الداله علیه بالخصوص کما ستعرف واما الفسخ من قبلها بعدالدخول فلها المسمی بما استحل من فرجها وقدتقدم جمیع ذلک.

واما ثبوت المهر بالخصاء مع الدخول.

ففی موثقه سماعه عن الصادق(ع) ان خصیا دلس نفسه لامراه قال یفرق بینهما وتاخذ منه صداقها ویوجع ظهره کما دلس نفسه.

وصحیح ابن مسکان قال بعثت بمسئله مع ابن اعین قلت سله عن خصی دلس نفسه لامراه ودخل بها فوجدته خصیا قال یفرق بینهما ویوجع ظهره ویکون لها المهر لدخوله علیها.

نعم فی قبال ذلک کله صحیح علی بن جعفر عن اخیه قال سالته عن خصی دلس نفسه لامراه ما علیه فقال یوجع ظهره ویفرق بینهما وعلیه المهر کاملا ان دخل بها وان لم یدخل بها فعلیه نصف المهر - وفی بعض النسخ علی ما فی الوسائل خنثی بدل خصی.

فانه فصل بین صوره الدخول فوافق الروایات السابقه وبین صوره عدم الدخول فخالف المشهور باثبات النصف لها وظاهر الصدوقین ثبوت النصف مطلقا ولعل المستند فی ذلک ما رواه فی الفقه المنسوب

الی مولانا الرضا (ع) وان تزوجها خصی وقد دلس نفسه لها وهی لا تعلم فرق بینهما ویوجع ظهره کما دلس نفسه وعلیه نصف الصداق ولا عده علیها منه - ویمکن حملها علی ما قبل الدخول حتی یکون موافقا لما عن قرب الاسناد وکیف کان فبعدا عراض المشهور عنها وضعف الروایه والکتاب لایصلح للحجیه فلا یمار الیه فی قبال المشهور لکن مع ذلک کله الاحوط اعطاء النصف فی صوره عدم الدخول وفاقا للصدوق وعدم المعارض من الاحتیاط المذکور .

ثم انه اذا لم یعلم بالعیب وجامعها لم یکن مسقطا للخیار وکذا الزوجه نعم فی عده روایات انه اذا علم بالعیب قبل الجماع ثم جامعها یکون ذلک رضی بالعقد - کما فی صحیح ابی الصباح الکنانی قال انکان علم بذلک قبل ان ینکحها یعنی المجامعه ثم جامعها فقد رضی بها وروایه الحسن بن صالح قال ان کان علم قبل ان یجامعها ثم جامعها فقد رضی بها .

فهل المراد من الرضایه هو الرضایه تعبدا " بمعنی ان هذا الفعل یکون منه بحکم الرضا بالنسبه الی اللزوم مطلقا اومع عدم العلم بعدم الرضا یحکم بسقوط الخیار واستظهار الرضایه معه - اوان السقوط به من حیث دلالته علی الرضا فلایسقط الخیار مع فرض عدم الدلاله علی الرضا - بقرنیه ونحوها فله ان یصرح ببقاء خیار العیب علی مقتضاه مع العقد اوالوطی مالم ینافالفوریه - والذی یطابق القواعدمن الاحتمالات هوالاخیر منها .

وان الوطی والرضا بالعقد لایلازم الرضا بالعیب واسقاط الخیار عرفا الا انه مع التصرف فی المعیب عرفا وعدم الفسخ یحکم عرفا انه راضی بالعقد کما فی التصرف فی المعیب فی غیر الزوج والزوجه فمع کون المتاع ذا عیب یکشف التصرف فیه عرفا عن الرضا بالعیب والتزام العقد. ویعلم ایضا انه فی صوره التصرف یکون هو عند الحاکم ایضا من المسقطات لان التصرف ظاهرا یکشف عن الرضاء بمضمون العقد والالتزام به عرفا الامع الجهل .

وعلی فرض التزام العقد فی الوطی هل یلحق به کل فعل علی مقتضی الزوجیه من اللمس والتفخید والتقبیل الظاهر ذلک لدلاله کل ذلک علی الرضا بمضمون العقد ویجری هذا الکلام فی الجنون والجذام والبرص والعنن والعرج الی غیر ذلک مما تقدم من العیوب الموجبه للفسخ من الطرفین .

(فی حدوث العیب قبل العقد مع الرضا بالعیب الموجود)

قال فی الجواهر ولو رضی ببرص مثلا" ثم اتسع بعده فی ذلک العضو ففی الخیار وعدمه وجهان اقویهما العدم کما عن التحریر والجامع لان الرضا بالشی رضا بما یتولد منه ولانه عیب واحد وقد حصل الرضاء به خلافا للفاضل فی القواعد فله الخیار لانها عیب لم یحصل الرضا به .

قال فی التحریر لو علم بالعیب قبل العقد فلاخیار له وکذا المراه ولو حدث بها عیب اخر قبل العقد ولم یعلم به فان کان مخالفا للاول

لم یسقط خیاره وانکان من جنسه فی موضع اخر بان یکون بها برص فی موضع وحدث بها فی اخر فکذلک فان کان فی ذلک الموضع بان اتسع فالاقرب سقوط خیاره لان الرضا به رضا بما یتولد منه .

فموردکلام القوم انما هوفی صوره حدوث عیب اخر قبل العقد مع الرضا بالعیب الموجودفیه اوفیها والذی یقتضیه القواعدان العیب الحادث واتساع العیب الموجودیوجب الخیار ویرشدالی ما ذکرناه ایضا اختلاف کلام العلامه فی القواعد والتحریر والاقوی مافی القواعد لان العیوب الحادثه لم یحصل الرضا بها .

****

(السابعه) لایثبت العنن الا باقرار الزوج او البینته باقراره او نکوله ولم یکن ذلک وادعت عنته فانکرفالقول قوله مع یمینه وقیل یقام فی الماء البارد فان تقلص حکم بقوله وان بقی مسترخیا "حکم لها ولیس بشیی .

(فهنا مسائل)

الاولی ثبوت العنن بالاقرار فهو مما لاخلاف فیه ولااشکال ویترتب علیه احکامه من التاجیل وغیره .

الثانیه قیام البینه باقراره فهوایضاکذلک .

الثالثه ادعاء المراه علیه العنن مع الانکار من ناحیته فالقول قوله مع یمینه عملا باصاله السلامه الراجعه الی اصاله العدم فمع الحلف یحکم باستقرار النکاح .

الرابعه نکوله عن الحلف فان قضینا بمجرد النکول ثبت العیب والاردت الیمین علی المراه فان حلفت ثبت العیب الا انه لابد فی حلفها من حصول العلم لها بالممارسته له مده علی وجه یحصل لها بتعاضد القرائن العلم بالعنه .

هذا کله بناء علی عدم امکان الاطلاع من غیر الزوج والزوجه واما مع امکان الاطلاع کالطبیب وغیره فالاشهاد علیه بمکان من الامکان فانه مع شهاده شاهدین عدلین یثبت العنن ویترتب علیه الحکم فلا وجه لما ذکروه من عدم الاثبات الا بالاقرار فهو کماتری لامکان تعاضد

القرائن للغير ایضا خصوصا فی صورة الاختبار بالقرائن .

لکن نقل الاصحاب عن الصدوق وابیه ان الرجل یقام فی الماء البارد فان تقلص حکم بقوله وان بقی مسترخیا حکم لها ونقل ذلک فی المسالک عن ابن حمزة ایضا لکنه انکر ذلک المتاخرون لعدم الوثوق بالانضباط وعدم الوقوف علی مستند صالح ومستنده ما رواه الصدوق فی الفقیه مرسلا عن الصادق علیه السلام وبه صرح الرضا علیه السلام فی کتابه المنسوب الیه ، وفیه روایة اخری رواه الشیخ فی کتابی الاخبار والفقیه مرسلا انه یطعم السمک الطری ثلاثة ایام ثم یقال له بل علی الرماد فان ثقب بوله الرماد فلیس بعنین وان لم یثقب بوله الرماد فهو عنین .

ومن جمیع ذلک یعلم ان الغرض ان هذه الامارات کانت معروفة فی ذلک الزمان عند الاطباء ومع ضم بعض القرائن یوجب القطع احیانا وظاهر الفقیه العمل به . فدعوی امکان الاطلاع منها دون غیرها بحیث ترد البینة العادلة فی ذلک مما لایلائم القواعد وانه مما امکن قیام البینة فیه فالمسئلة کسائر المسائل مما یطالب فیه البینة ومع عدمه یحلف المنکر .

ولعل مراد الصدوقین وابن حمزة هو الحکم به فی صورة القطع لامطلقا وان لم یحصل القطع فلذا قبل بعض العامة فیه البینة وقواه صاحب الجواهر مع التایید بالقرائن کما لایخفی .

اضف الی ذلک کله صحیح ابی حمزة قال سمعت اباجعفر (ع) یقول اذا

تزوج الرجل المراه الثيب التي تزوجت زوجا غيره فزعمت انه لم يقربها منذ دخل بها فان القول في ذلك قول الرجل وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعيه قال فان تزوجت وهي بكر فزعمت انه لم يصل اليها فان مثل هذا تعرف النساء فلينظر اليها من يوثق به منهن فاذا ذكرت انها عذراء فعلى الامام ان يوجله سنه فان وصل اليها والا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولاعده عليها.

فان مورد الروايه هو فرض المراه مدعيه الا انه ليس لها بينه فالمقام مما يمكن ان يقام البينه عليه لان المقام مما لايقبل الامن قبله.

والذي يوجب رفع كل شبهه عما قلناه هو المحكي عن فقه الرضا و انا ادعت انه لا يجامعها عنينا اوغير عنين فيقول الرجل اني قد جامعتها فعليه اليمين وعليها البينه لانها المدعيه - فانه وانكان ضعيف السند والنسبه الا انه لوكان فتوى الصدوق اومن قارب عصره يوضح المراد من محل النزاع باعتبار مطالبه البينه منها وانه يحلف باعتبار الانكار فلاشيئ في المقام ما يوجب رفع اليد عن قواعد المدعي والمنكر وتشخيصهما من الموازين التي اعدت له.

****

ولوثبت العنن ثم ادعى الوطي فالقول قوله مع يمينه وقيل ان ادعى

الوطي قبلا وكانت بكرا نظر اليها النساء وان كانت ثيبا حشي قبلها خلوقا فان ظهر على العضو صدق وهو شاذ.

قديقال كما هو المشهور بين المتاخرين انما كان القول قوله هنا مع انه مدع لان المفروض ثبوت العنن قبل ذلك لان هذا الفعل لايعلم الامن

قبله كدعوى المراه انقضاء العده بالاقرار ولانه بعد تاجيل السنه يرجع دعواه الى انكار العنته كالاول فيقبل قوله فيه كما في الجواهر.

ولانه بموافقته لاصاله اللزوم ويترك لوترك يكون منكرا فيقبل قوله ح بمينيه كما فى الجواهر ايضا ولاطلاق صحيح ابى حمزه والمحكى عن فقه الرضا ـ هذا.

والخدشته فى جميع ما ذكرواضحه لاستره فيه مضافا الى عدم تسليم قاعده قبول قول المدعى فى كل مكان لعدم جريان الكليه فى جميع المواردولذا يستشكل فى قبول قول المراه فى انقضاء العده فى شهر واحد ان دعواه لايرجع الى انكار العنه بل يرجع الى ادعا الوطى والمراه تنكر ذلك فلا بد من قبول قولها بيمينها كما فى ساير الموارد.

****

(في الايراد على كلام صاحب الجواهر)

وصرف موافقه قوله لاصاله اللزوم على فرض التسليم لا يوجب الترجيح والخدشه في عباره الجواهر بناء على ظاهرها واضحه لانه قال ويترك لوترك - ومن المعلوم انه لايترك الرجل لوترك بل تترك المراه لوتركت فانها اوجبت النزاع والمشاجره بل هو منكر بالنسبه الى اصل انكار العنه اللهم الا ان يقال انه يترك لاترك في الدعوى الاخيره فهو مدع فلا يكون منكرا ايضا فان قولهم (يترك لوترك) من اوصاف المدعي لامن اوصاف المنكر فانه لايترك لوترك الدعوى وكيف كان - فلاوجه لقبول قوله مع ادعاء زوال العنه.

اضف الى ذلك كله استصحاب العجز والعنن الثابت الى ان يثبت المزيل وليس المقام من الاصول المثبته التي ليست بحجه كما ادعاه في الجواهر.

(في تشخيص المنكر والمدعي في الصوره الثانيه)

واما اطلاق صحيح ابي حمزه والمحكي عن الفقه الرضوي فممنوع لان الكلام في الصحيح وغيره انما هو في اصل ثبوت العنن والزوج ينكره والمرئه تدعيه فلابد من اقامه البينه عليها ومع عدم البينه يحلف الزوج ويرتفع الدعوى والذي اوجب الدعوى انما هو الزوجه دون الزوج بحيث لوتركت ترك الدعوى ويحكم بالزوجيه وبقائها.

بخلاف المقام فانه يدعي زوال العنه بعد ثبوتها والمرئه ينكر الزوال فالقول قولها مع يمينها فلوترك الزوج ادعاء الزوال ترك

الدعوی ویحکم بثبوت العنه والمرئه ینکرالزوال بحیث لو ترکت الدعوی لما ترک الزوج بالنسبه الی هذه الدعوی وهی زوال العنه فلا بد من اثبات الزوال وانه قادر علی الوطی من اقامه البینه ومع عدمها یحکم للزوجه وبذلک کله اعترف الشهید الثانی فی المسالک بقوله .

وفی دلاله الروایه علی موضع النزاع نظر لان موضعها ما اذا ثبت عنته ومورد الروایه دعواها علیه ذلک مع عدم ثبوت ذلک وقبول قوله هنا واضح کما مر فی المسئله الاولی لانها المدعیه وهو المنکر لموافقه قوله اصل السلامه بخلاف موضع النزاع لتحقق العیب فهو فیه المدعی لزوال ما کان قد ثبت ، اللهم الا ان یدعی تناولها باطلاقها لموضع النزاع حیث ان موردها اختلافهما علی حصول الوطی وعدمه الشامل لما سبق معه العنه وعدمه الا ان تعلیله (ع) بکونها المدعیه لایلائمه لانه مع ثبوت العنه لایکون منکرا بل مدعیا وان تعذر اقامه البینه فالاولی التعلیل بما ذکرناه وهذا قول الاکثر ومنهم الشیخ فی یه انتهی

فما فی الجواهر فی مقام الایراد علی المسالک بقوله وقد جعلها المدعیه فیه مع موافقه قولها لاصاله عدم وطیها ومخالفه قوله لذلک وما هو الا لانها ترید بذلک اثبات التسلط علی الفسخ الشامل للصورتین انما هو فی المسئله الاولی واما الثانیه فانها منکره للزوال وانه مدع للزوال والقدره علی الوطی واصل السلامه والظاهر یخالف قولها فی الصوره الاولی بخلاف الصوره الثانیه فان زوال العیب یحتاج الی دلیل فالاصل بقاء العیب والظاهر ایضا بقائه

والاستصحاب ایضا کذلک فکل ذلک دلیل علی کونها منکره فی الصوره الثانیه .

واما قول الصدوق فی المقنع والشیخ فی الخلاف وجماعه فی ادعائه الوطی فی البکر اعتبار نظر النساء واما فی الثیب حشی قبلها خلوقا فان ظهر علی العضو صدق ـ فیمکن ان یستدل علیه .

بخبر عبداله بن الفضل الهاشمی عن بعض مشیخته قال قالت امراه لابیعبدالله اوساله رجل تدعی علیه امراته انه عنین وینکر الرجل قال تحشوها القابله الخلوق ولاتعلم الرجل ویدخل علیها الرجل فان خرج وعلی ذکره الخلوق کذبت وصدق والاصدقت وکذب .

وخبر غیاث ابن ابراهیم عنه (ع) قال ادعت امراه علی زوجها علی عهد امیرالموء منین انه لایجامعها وادعی انه یجامعها فامرها امیرالموء منین ان تستذفر بالزعفران ثم یغسل ذکره فان خرج الماء اصفر صدق والا امره بطلاقها .

وفیهما ان موردهما انما هو ادعاء العنه عن ناحیه الزوجه لا لزوال بعد الثبوت فیکون قولا فی المسئله السابقه مع القول باقامته فی الماء اواکله اللحم الطری وقد تقدم ان تلک العلامات یکشف منها العنه غالبا ومع عدم الکشف لا اعتبار به ویمکن ان یکون مراد القائل ایضا هو فی صوره الکشف لامطلقا والذی یوضح المراد من کون محل النزاع بین القدماء هو المسئله الاولی هو عباره النهایه حیث قال اذا اختلف الزوج والمراه فادعی الزوج انه قربها وانکرت المراه ذلک فان کانت المراه بکرا فان ذلک مما یعرف بالنظر الیها فان وجدت

كما كانت لم يكن لادعاء الرجل تاثيروان لم توجدكذلك لم يكن لانكار المراه تاثير وانكانت المراه ثيبا كان القول قول الرجل مع يمينه بالله تعالى وقدروى انها تومر بان تحشى قبلها خلوقا ثم يامر الحاكم الرجل بوطيها فان وطئها فخرج وعلى ذكره اثر الخلوق صدق وكذبت وان لم يكن الاثر موجودا صدقت وكذب الرجل انتهى .

وانت ترى ان تعبير النهايه وانكان فی صوره انكار المراه الا ان علامات المدعی لائحه فيه فان قول المراه مخالفه لاصل السلامه والظاهر وانها لوتركت الدعوى تركت الى غير ذلك من امارات المدعى فالمسئله واضحه لاستره فيه بحمدالله .

****

ولو ادعى انه وطی غيرها اووطئها دبرا " كان القول قوله مع يمينه ويحكم عليه ان نكل وقيل بل يرداليمين عليها وهومبنی على القضاء بالنكول ، ادعاء الوطی فی دبرها اوقبل غيرها اما ان يكون فی صوره ادعاء المراه العنه وهو ينكر ذلك فلا بد من اقامه البينه على العنه لانها المدعيه عيبا " والاصل سلامته من العيب .

واما اذاكان الادعاء بعد ثبوت العنه كماهوظاهرعباره المتن فانه لا يلائم القول بقبول قوله مع يمينه مطلقا لانه يدعی زوال العنه بالوطی فلا بد من اثباته ومع عدم الثبوت يحلف المراه لانها تصير فی الدعوی الثانيه منكره لزوال العنه .

والحكم فی صوره النكول اوبعدرداليمين مبنی على القضاء بالنكول

فالاول اوبعداليمين المردوده من المدعي وتحريره في كتاب القضاء

واما القول بانه على تقدير توقف القضاء على اليمين برده او مع نكوله انما يتم لوكان النزاع في وطيها دبرا مثلا لامكان حلفها ح واما لوكانت وطي غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقا لانه حلف على نفي فعل الغير على وجه لاينحصر.

وفيه انه يمكن فرض العلم بكذب الزوج بحصر دعواه الوطي في زمان مخصوص كان غائبا عما ادعى وطيها اوفي زمان كان مع الزوجه المدعيه فلا مانع معه من الحلف على نفي فعل الغير بعد امكان العلم.

وبالجمله يكون محصل المقام انه مع امكان صحه الدعوى بوجه من الوجوه يعمل بها او فسادها والا كان المرجع في جميع ما ذكرناه هو اقامه الدعوى او الحلف كسائر الدعاوى من دون استثناء كما قيل.

****

(الثامنه) اذا ثبت فان صبرت فلا کلام وان رفعت امرها الی الحاکم اجلها سنه من حین الترافع فان واقعها اوواقع غیرها فلاخیار والا کان لها الفسخ ونصف المهر.

ویتحقق الصبر تاره من جهته صبرها علی العنه مع العلم بها وان لم یعلم حکمها الشرعی واخری مع العلم بالحکم ایضا کما اذا علمت ان لها الفسخ ولم تفسخ واما الصبر مع عدم العلم بالفسخ وعلمها بعدم الفسخ جهلا مرکبا " فالخیار لها باقیه الی ان تعلم الحکم ویدل علیه ایضا روایه ابی البختری عن جعفر عن ابیه ان علیا کان یقول یوخر العنین سنته من یوم ترافعه امراته فان خلص الیها والا فرق بینهما فان رضیت ان تقیم معه ثم طلبت الخیار بعد ذلک فقد سقط الخیار ولاخیار لها.

وما عن الصدوق مرسلا قال روی انه متی اقامت المراه علی زوجها بعدما علمت انه عنین ورضیت به لم یکن لها خیار بعد الرضا.

ولیعلم ان صبر الزوجه عن اعمال الخیار تاره من جهته کاشفیته عن اسقاط الخیار عرفا فلاکلام فیه واما اذا لم یعلم ذلک فان مجرد الصبر لایوجب اسقاط الخیار وعدم اقتضاء نفس الصبر عن المرافعه والرجوع الی الحاکم لتعیین الاجل ذلک کما ینسب الی ظاهر الشیخ وجماعه مع تصریح بعضهم بفوریه المرافعه کفوریه الخیار.

لکن مجال الخدشه فی ذلک واضح لعدم الدلیل علی فوریه المرافعه اذا سلمنا قیام الدلیل علی فوریه الخیار حتی انها لو صرحت بعدم

الاسقاط لایکون وجه بالزامها معه لسقوط خیارها مع الصبر مطلقا و مضی السنه من حین العنن بامر الحاکم لایستلزم الارجاع الیه فورا بل المناط هو مضی السنه بعدمراجعه الحاکم لامطلقا".

وکیف کان فمع الصبر لاکلام فیه واما مع عدمه رفعت امرها الی الحاکم حتی یوجلها سنته من حین الترافع فان واقعها اووا قع غیرها علی المشهور فلاخیار والا کان لها الفسخ ونصف المهروقد تقدم المختار تبعا للمفید انه مع العجز عنها ایضا یوجب الخیارولایفرق فیه بین العنن السابق علی العقد والحادث بعده بلاخلاف یعتد به مضافا الی الروایات الصحیحه الداله علیه.

کما فی صحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال العنین یتربص به سنه ثم ان شائت امراته تزوجت وان شائت اقامت.

وصحیح ابی الصباح الکنانی قال اذا تزوج الرجل المراه وهو لایقدر علی النساء اجل سنه حتی یعالج نفسه، والظاهر کون المسئول عنه هوالصادق علیه السلام ومحمدبن الفضل فی سنده وهومرمی بالغلو الا انه کثیرالروایه فی الابواب المتفرقه فلا باس بکون خبره صحیحا" وخبرابی البختری عن جعفرعن ابیه ان علیا کان یقول یوخرالعنین سنه من یوم ترافعه امراته فان خلص الیها والافرق بینهما فان رضیت ان تقیم معه ثم طلبت الخیار بعد ذلک فقد سقط الخیارولاخیار لها، ووهب بن وهب وان کان من اکذب البریه الا ان الروایات مستفیضه.

وفی قبال هذه الاخبار مطلقات یفهم منها الفسخ متی شائت کما اختاره ابوعلی منا فقصر التاجیل بالسنه الی الحادث بعدالعقد

دون السابق کما فی صحیح ابی بصیر یعنی المرادی قال سالت ابا عبدالله عن امراه ابتلی زوجها فلایقدر علی جماع اتفارقه قال نعم ان شائت قال ابن مسکان وفی روایه اخری یفتطن سنه فان اتاها والا فارقته فان احبت ان تقیم معه فلتقم.

وروایه عبادالضبی عن ابی عبدالله قال فی العنین اذا علم انه عنین لایاتی النساء فرق بینهما واذا وقع علیها وقعه واحده لم یفرق بینهما والرجل لایردمن عیب.

وخبرابی الصباح قال سالت اباعبدالله عن امراه ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع ابدا اتفارقه قال نعم ان شائت ولکن یمکن ان یقال ولیس ببعید کماتقدم انه مع العلم بالعنن والعلم بعدم تجدید القوی لایلزم الحاکم الزوجه علی الاقامه معه فان التاجیل لاجل احتمال رفع المانع ومع العلم بثبوت العنن حتما وعدم رجاء الزوال فیحکم بالانفساخ من الحین من دون احتیاج الی تاجیل السنه ویشعر بذلک الافتطان فی روایه ابن مسکان وقوله اذا علم فی روایه عباد الضبی - وقد تقدم ذلک منا سابقا وبهذا یرتفع المنافات بین الطائفتین من الروایات،

والشاهد علی الجمع المذکورمافی روایه ابی الصباح المتقدمه اجل سنه حتی یعالج نفسه فانه مع العلم بعدم العلاج لایبقی وجه لتاخیرالفسخ .

***

(فی ثبوت نصف المهر فی العنین)

واما ثبوت نصف المهر لها فالظاهر عدم الخلاف فی ذلک مضافا الی صحیح ابی حمزه قال سمعت اباجعفر الی ان قال فعلی الامام ان یوجل سنه فان وصل الیها والا فرق بینهما واعطیت نصف الصداق ولاعده علیها وما هو المحکی عن الفقه الرضوی فما یظهر عن ابی علی من ایجاب تمام المهر لها مع الخلوه بها انما هو من جهته قیاسه الخلوه بحکم الدخول بها وهو قیاس لانقول به .

واما خبر عبدالله بن جعفر فی قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر (ع) قال سالته عن عنین دلس نفسه لامراه ماحاله قال علیه المهر ویفرق بینهما اذا علم انه لایاتی النساء .

فمحمول اطلاقه علی التقیید بنصفه بما تقدم مضافا الی قصور سنده واعراض الاصحاب عنه وعدم اشتمال هذه الروایه علی الخلوه بها حتی یکون دلیلا لابی علی قده - فاطلاق الروایه لایمکن الاخذ بها لعدم العمل به حتی عن ابی علی کما لایخفی .

اثبات العیب بالاقرار اوالیمین المردوده اوالنکول علی قول لایختص بالعنن بل یجری الحکم فی جمیع العیوب ومع اقامه البینه ومع شهاده اربع من النساء فی العیوب الباطنه بصحیح داود بن سرحان عن ابی عبدالله فی حدیث قال وانکان بها یعنی المراه زمانه لایراها الرجال اجیزت شهاده النساء علیها وصحیح الحلبی فی حدیث وانکان

بها مالایراه الرجال جازت شهاده النساء علیها .

وخبر علی بن ابی حمزه عن ابی بصیر قال سالته عن شهاده النساء فقال تجوز شهاده النساء وحدهن علی مالایستطیع الرجال النظر الیه (ینظرون الیه) الحدیث .

ومارواه ابن محبوب عن ابراهیم الحارثی (قی) قال سمعت ابا عبدالله یقول تجوز شهاده النساء فیمالایستطیع الرجال ان ینظرو الیه ویشهدوا علیه وتجوز شهادتهن فی النکاح ولاتجوزفی الطلاق ولافی الدم الحدیث .

وفی روایه ابن محبوب عن محمدبن الفضل فی حدیث قال تجوزشهاده النساء فیمالایستطیع الرجال ان ینظروالیه ولیس معهن رجل الحدیث .

وفی صحیح محمدبن مسلم فی حدیث قال وسالته عن النساء تجوز شهادتهن قال نعم فی العذره والنفساء .

وفی صحیح محمدبن مسلم فی حدیث قال وسالته عن النساء تجوز شهادتن قال نعم فی العذره والنفساء .

وفی صحیح عبدالله بن سنان قال سمعت اباعبدالله یقول لاتجوز شهاده النساء فی رویه الهلال ولایجوز فی الرجم شهاده رجلین واربع نسوه ویجوز ذلک ثلثه رجال وامراتان وقال تجوزشهاده النساء وحدهن بلا رجال فی کل مالایجوزللرجال النظر الیه وتجوز شهاده القابله وحدها فی المنفوس الی غیر ذلک من الروایات .

نعم فی بعضها الاختصاص بقبول الشهاده فی العذره والمنفسوس فقط لکن یحمل علی مالاینافی الاطلاقات الوارده فی قبول شهادتهن فی کل مالاینظر الیه الرجال فانها بعیده عن التقیید بالصورتین ـ راجع کتاب الشهادات من الوسائل باب ٢٤، ولوکان لکل واحد من الرجل والمراه مایوجب الفسخ لایمنع من ذلک من جهته عدم تضرر کل واحد منهما بعدم التمکن من الوطی لاطلاق الدلیل الدال علیه وان لم یکن فی الابقاء معه ضرراصلا.

اذا طلق الزوجه قبل الدخول ثم علم بالعیب لم یسقط عنه نصف المهر وکذا لو طلق بعد الدخول حتی فی الطلاق الرجعی بالنسبه الی تمام المهر لانه ثابت بالدخول .

نعم یمکن ان یقال انه مع الفسخ قبل الرجوع له حل الخامسه والاخت وانقطاع الارث ونفقه العده .

الا ان فیه ان المطلقه الرجعیه لیست فی حکم الزوجه فی جمیع الاحکام حتی بالنسبه الی الفسخ بعد الطلاق ولیس علیه دلیل .

بل الدلیل علی کونها مطلقه فلیس له الفسخ بعد ذلک الا ان یرجع فیکون رضا بالعیب اللهم الا ان یقال ان صرف الرجوع لایستلزم الرضاء بالعیب بل یرجع حتی یفسخ وهو ایضا مشکل فلایترک الاحتیاط فیه نعم لو لم یعلم بالعیب حتی رجع او علم بالعیب لکن لم یکن یعلم ان له الفسخ معه ـ کان له الفسخ ح من دون اشکال فی ذلک .

وهل یثبت الخیار للولی اذا ظهر له العیب مع کون الزوج او الزوجه

اوكلاهما صغير ين والوجه ذلك كما في القواعدمع مصلحة المولى عليه فمعه يسقط خياره لا انه يبقى بعدالبلوغ كما عن القواعدواحتمال عدم الخيار مع العيب العرفي والتدليس وغيره للولي مما لاوجه له .

****

(الكلام في التدليس وبيان معناه.)

المقصد الثالث في التدليس

قال في المصباح المنير للفيومي دلس البايع تدليسا كتم عيب السلعه من المشترى واخفاه وقال الخطائى وجماعه ويقال دلس من باب ضرب والتشديد اشهر في الاستعمال قال الازهرى سمعت اعرابيا " يقول ليس لي في الامر دنس ولادلس اى لاخيانه ولاخديعه والدلسه بالضم الخديعه وقال ابن فارس اصله من الدلسه وهو الظلمه .

وعن المنجد دلس البايع كتم عيب مايبيعه عن المشترى . المحدث اتى في حديثه بغير الراهن .

قال في المسالك هو تفعيل من الدلس وهو الظلمه واصله المخادعه كان المدلس لما اتى بالعيب او الناقص الى المخدوع وقد كتم عليه عيبه اتاه به في الظلمه وخدعه .

وعن بعض اخرين ايهام غير الواقع تدليس ومنه اشتراط صفه فتفوت سواء كانت صفه كمال كالبكاره وتحمير الوجه وتصريه الشاه ووصل الشعر فظهر الخلاف او صفه يوجب عدمها النقص في الشيي كعور والعمى وقد يقال بان البكاره باعتبار كونها صفه بمقتضى الطبيعه ففواتها نقص يحدث على الامه او الحره ويوثر ذلك نقصان القيمه فيرجع الى الارش مع ان خيار التدليس لايرجع فيه الى الارش بل الارش انما هو في خيار العيب .

وكيف كان لا اشكال في صدق التدليس في صوره الاشتراط فظهر خلاف

الواقع سواء كان في صفه الكمال اوغيره كما في الامثله المتقدمه .

بل الاقوى صدق التدليس مع العلم بالعيب والسكوت عن اظهاره فضلا عن الاخبار بضده من السلامه وبوصف الحريه مع كونها امه فالاخبار على خلاف الواقع عقيب الاستعلام اوعدمه تدليس عرفا .

كما انه يصدق في صوره تزويج نفسها اوالولي لها مع السكوت عن العيب .

كما انه لا اشكال في ان السكوت عن صفه الكمال مع رغبه الناس اليها اوهو كتمام الداعي مثل البكاره بالنسبه . الى الشبان في اول زواجهم ـ تدليس ايضا واما اذا زوجت نفسها اوزوجها الولي من غير توجه بظاهر الحال الى صفه الكمال بل كان الداعي للزوج في نفسه كما اذا كان داعيه من جهته كونها متموله اوذات نسب عاليه اوخلق حسن وجميل فظهر الخلاف فالظاهر عدم الاشكال في عدم كون السكوت في هذا المقام تدليسا وان كان الاخبار على خلاف الواقع يصدق معه التدليس .

والميزان في صدق الدلس هو العرف فتاره يكون هو الولي واخرى هي نفسها وثالثه هو الواسطه بينهما ومجرد ايجاد العقد في بعض الاحيان من دون دخاله اصلا في التوصيف والاشتراط لايوجب تدليسا حتى يرجع اليه بل يرجع في جميع المقامات الى المدلس وكلام الاصحاب من الرجوع على العاقد على ذات العيب من جهته كونه مدلسا لامن جهته كونه مجريا للصيغه .

فمن المعلوم ان وصف المراه بالحريه فظهرت امه وعلى شرط البكاره

فظهرت ثیبا یتوجه الیه الغرم من دون تفاوت فی ذلک بین کونه ولیا او اجنبیا" وترک الاخبار فی بعض الاحیان تفریط یوجب التدلیس سواء کان مباشرا للعقد ام لا وسواء کان ولیا شرعیا ام لا.

ثم انه مع السکوت فی بعض المقامات یصدق التدلیس فهینا موضوعه اعم مما فی خیار التدلیس فی البیع وغیره لعدم کون السکوت مع فقدان صفته الکمال فیما اذا شاهده المشتری تدلیسا عرفا".

وکما ان التدلیس فی المقام یجتمع مع العیب کما اذا کانت عورا "ولم یبینوا له وقد یکون عیبا من دون تدلیس اذا لم تکن هی او ولیها عالما" به اومع الوجود ولاتعلم هی اوولیها عیبیه ذلک اذا کان الشبهه متمشیه فی حقهما وقد یکون تدلیس من دون عیب اصلا کما فی اشتراط صفه الکمال اوالجمال اوالحسن والوجاهه والکتابه وطول کذا وعرض کذا وهزل وسمانه الی غیر ذلک مما لایعد عیبا".

ومع اجتماع العیب والتدلیس لیس للطرف الاخیار التدلیس اوالعیب لا ان له خیارین سواء فی ذلک الزوج اوالزوجه اوالولی الشرعی کما تقدم واحتمال اثبات الخیار من جهتین واضحه الفساد کما فی الجواهر.

****

وفیه مسائل (الاولی اذا تزوج امراه علی انها حره فبانت امه کان له الفسخ ولو دخل بها وقیل العقد باطل والاول اظهر.

ویدل علی جواز الفسخ روایه الولید بن صبیح عن ابی عبدالله فی رجل تزوج امراه حره فوجدها امه قددلست نفسها قال انکان الذی زوجها اباه عن غیر موالیها فالنکاح فاسد قلت کیف یضع بالمهر الذی اخذت منه قال ان وجدمما اعطاها شیئا فلیاخذ وان لم یجد شیئا فلا شیی له علیها وانکان الذی زوجها ایاه ولی من غیر موالیها فالنکاح فاسد قلت کیف یضع بالمهر الذی اخذت منه قال ان وجدمما اعطا ها شیئا فلیاخذ وان لم یجدشیئا فلاشیی له علیها وانکان زوجها ایاه ولی لها ارتجع علی ولیها بما اخذت منه ولموالیها علیه عشر قیمتها ان کانت بکرا" وانکانت غیر بکر فنصف عشر قیمتها بما استحل من فرجها قال وتعتدمنه عده الامه قلت فان جائت منه بولدقال اولادها احرار اذاکان النکاح بغیر اذن الولی.

قدیقال بعدم دلاله الروایه علی المدعی والظاهر منها ان التزویج بدون اذن المولی فاسد وفیه رد لما یدعونه من انه موقوف علی الاجازه ومتی کان المزوج لها من موالیها فانه یرجع علیه بالمهر الذی اخذته منه وهوظاهر فی بطلان النکاح ولکن لمولاها عوض ما استحل من فرجها والمدعی هوانه لوکان التزویج باذن المولی والتدلیس انما وقع منه فان الزوج یتخیر بین الرضا بالعقد وفسخه والروایه انما

تدل بظاهرها على البطلان لقضيه الرجوع على المولى بالمهر الذى دفعه وح فالخبر على خلاف مايدعونه انسب والى ماذكرناه اقرب .

لكن المراد من الفساد فى باب المعاملات وفى المقام هوالتوقف على الاجازه اوالاذن لصحه نكاح الفضولى وبيعه على القاعده فمع ضم الاجازه يصح وبدون الاجازه يكشف عن بطلانه من اول الامر كشفا حكميا ومع كون التزويج باذن المولى وتدليسه يرجع بعد الفسخ على المدلس وبالجمله ليس فى الروايه مايوجب بطلان العقد حتى لايصح بالاجازه والرضا بعقد الامه حتى يخالف جميع القواعد المقرره فى محله .

فمايظهر من الشيخ من بطلان العقد فى مبسوطه وخلافه الظاهر فى البطلان من دون توقف على الاجازه كمايظهر من مراجعه كلامه من جهته ذكره البطلان قبال القول بالصحه والوجه فى البطلان هوتخلف الشرط الموجب بالبطلان فى المشروط لان ماوقع عليه العقد لم يتحقق وما تحقق لم يقصد .

ويرد عليه ان لزوم الوفاء بالعقد لايقتضى البطلان فى صوره تخلف الشرط كما فى غير المقام لعدم تقيد الرضاء بل الرضاء بالعقد شيى والرضا بالشرط شيى اخر فمع التخلف يوجب حقا للمشروط فله اسقاطه ورفع اليد عنه وبالجمله لايفرق فى المقام بين تخلف الوصف والشرط وكذا اذا ظهر معيبا مع شرط السلاله ففى كل واحد من الموارد يحكم بالصحه وحق الخيار محفوظ .

اللهم الا ان يقال ان مراد الشيخ هو البطلان من جهته عدم جواز

نكاح الامه الا ان فيه ايضا انه يصرح في المبسوط ان صحه عقد الامه متوقفه على شرائط اربع احدها ان يكون الحر ممن يحل له نكاح امه وهوان يكون عادم الطول خائفا من العنت فان عدم الشرطان اواحدهما بطل والثاني ان يكون النكاح باذن سيدها فان كان بغير اذنه بطل والثالث ان يكون الشرط مقارنا للعقد فان لم يقارنه صح النكاح والرابعه ان يكون الغار الامه اووكيل السيد واما ان كان السيد هو الذي يغره كان قوله على انها حره عتقا منه لها وفي النكاح قيل فيه قولان احدهما باطل والثاني صحيح فمن قال باطل فلاكلام ومن قال صحيح فهل له الخيار ام لاقيل فيه قولان احدهما له الخيار لانها بانت دون ما شرطت والثاني لاخيار له لان الطلاق اليه .

فيظهر من مجموع كلامه انه قائل بالبطلان دون الصحه المتوقفه على الاجازه او الخيار في صوره التدليس .

***

ولامهر لها مع الفسخ قبل الدخول ولها المهر بعده ، اما الاول فمع الفسخ يرجع كل عوض الى صاحبه كما في البيع وغيره واما الثاني فلثبوته بالوطي الصحيح والادله المتقدمه الداله على كون المهر هو المسمى دون مهر المثل وان كان القاعده بعد الفسخ يقتضي ذلك فما يظهر عن ابن الجنيد من ثبوت مهر المثل مما لاوجه .

***

وقيل لمولاها العشر اونصف العشر ويبطل المسمى والاول اشبه والقائل بذلك الصدوق في المقنع والشيخ في النهايه لروايه الوليد بن

بن صبیح المتقدمه والظاهر منها وان کان ذلک لا ان اعراض المعظم عنها یوجب الوهن فی العمل بها قبال القواعد العامه. او تحمل الروایه علی صوره تفاوت البکر والثیب بالعشر ونصف العشر فی صوره الفساد وان رجع به علی المدلس ان کان غیر المولی فلا ینافی ثبوت المسمی مع صحه العقد ـ وعلی کل حال.

یرجع بما اغترمه علی المدلس سوء فی ذلک المهر او قیمه الولد لقاعده الغرور ویدل علی الرجوع علی المدلس روایات.

(منها) روایه اسماعیل بن جابر قال سالت ابا عبدالله عن رجل نظر الی امراه فاعجبته فسئل عنها فقیل هی ابنه فلان فاتی اباها فقال زوجنی ابنتک فزوجه غیرها فولدت منه فعلم بها بعد انها غیر ابنته وانها امه قال ترد الولیده علی موالیها والولد للرجل وعلی الذی زوجه قیمه ثمن الولید یعطیه موالی الولیده کما غر الرجل وخدعه والظاهر من هذه الروایه انه رای الامه فزعم انها ابنت فلان مع انه زوجه ماراته والتدلیس انما هو جعل الامه مکان الحره لا ما لم یر مکان ماراه.

ومثلها روایه الولید بن صبیح المتقدمه وان کان زوجها ایاه ولی لها ارتجع علی ولیها بما اخذت منه الحدیث.

وروایه محمد بن قیس عن ابی جعفر قال قضی امیر المؤمنین فی المراه اذا اتت الی قوم واخبرتهم انها منهم وهی کاذبه وادعت انها حره وتزوجت انها ترد علی اربابها ویطلب زوجها ماله الذی اصدقها

ولاحق لها فی عنقه وما ولدت منه ولد فهم عبید.

وسیاتی الحکم بکون الولد عبیدا من جهته کونهم رهنا لمولی الجاریه حتی یاخذ قیمه الولد والا ففی عده من الروایات انه لا یملک ولد حر.

وخبر اسماعیل بن جابر عن ابی عبدالله قال قلت له رجل کان یری امراه تدخل الی قوم وتخرج فسال عنها فقیل له انها امتهم واسمها فلانه فقال لهم زوجونی فلانه فلما زوجوه عرفوا انها امه غیرهم قال هی وولدها لمولاها قلت فجاء فخطب الیهم ان یزوجوه من انفسهم فزوجوه وهو یری انها من انفسهم فعرفوا بعدما اولدها انها امه فقال الولد له وهم ضامنون لقیمه الولد لمولی الجاریه ابواب نکاح العبید باب ۶۷ وسائل.

واما کون الولد حرا مضافا الی انعقاد نطفته من الاب وهو حر والولد تابع لاشرف ابویه الثابت بالادله.

یدل علیه ما رواه فی التهذیب عن البزوفری عن القمی عن احمد بن محمدبن عیسی عن الخزاز عن سماعه قال سالت اباعبدالله علیه السلام عن مملوکه اتت قوما وزعمت انها حره فتزوجها رجل عنهم واولدها ولدا ثم ان مولاها اتاهم فاقام عندهم البینه انها مملوکه واقرت الجاریه بذلک فقال تدفع الی مولاها هی وولدها وعلی مولاها ان یدفع ولدها الی ابیه بقیمه یوم یصیر الیه قلت فان لم یکن لابیه ما یاخذ ابنه به قال یسعی ابوه فی ثمنه حتی یودیه ویاخذ ولده قلت فان ابی الاب

ان یسعی فی ثمن ابنه قال فعلی الامام ان یفتدیه فلایملک ولد حر ـ الی غیر ذلک وقدتقدم فی روایه اسماعیل بن جابر ایضا مایدل علی حکم الولد وهذه الطائفه من الروایات توضح المراد من الاطلاقات الداله علی کون الولد عبیدا مطلقا اوفی صوره عدم اخذ الشاهد فان المقصود من عبودیتهم من جهه کونهم رهنا فی قبال مال المولی لامطلقا .

***

ولوکان مولاها قددلسها قیل یصح وتکون حره بظاهراقراره ولولم یکن تلفظ بمایقتضی العتق لم تنعتق ولم یکن لها مهر ، والقائل بصحه العقد هوالشیخ وجماعه کما عن المسالک.

الا انه خارج عن موضوع المسئله وهوالتدلیس وهولایحصل الا مع الکذب فی اقراره فان الاقرار اخبار عن امرسابق والفرض کذبه فی اقراره ولیس هوانشاء حتی یقال انه انشاء بذلک الحریه وانکان الانشاء بصوره الاخبار ایضا ممالااشکال فیه اذا قصدباخباره الانشاء من جهه کون الانشاء لازما لاخباره اوملزوماله .

الا ان الکلام فی المقام انما هوفی صوره التدلیس وبطلان اقراره فی الواقع ونفس الامر فلذا نسبه المصنف الی القیل مشعرا " بتمریضه وانه خارج عن محل الفرض .

نعم لوتحررت بعدالعقد وقبل الدخول اوبعده معانهاکانت امه فی حال العقد فالظاهر بقاء الخیار للاستصحاب ومجردعدم الضرر واصاله اللزوم لایوجب رفع الید عن مقتضی الدلیل .

ولودلست نفسها کان عوض البضع لمولاها ورجع الزوج به علیها اذا اعتقت ولوکان دفع الیها المهر استعاد ما وجد منه وما تلف منه یتبعها عند حریتها .

اما کون عوض البضع وهو المهر المسمی فی صوره الاجازه ومهر المثل او العشر اونصف العشر فی صوره عدم الاجازه باعتبار کونه عوض منفعته الفائته بسبب الزوج فلا بد من تدارک مالیته .

واما عدم الرجوع علی المولی فی حال رقیه الامه لعدم اذنه فی ذلک واما عدم الرجوع علیها فی تلک الحال فانه بمنزله الرجوع علی المولی وهو باطل .

واما الرجوع علیها بعد العتق والیسار لاشتغال ذمتها بمال الغیر واما مع بقاء المهر او بعضه یاخذ ما وجده ویتبعها فی الباقی بعد العتق والیسار فعلی القاعده ولافرق فی ذلک کله بین کون الزوج حرا کما هو واضح او عبدا الا ان الخیار والرجوع لسیده بناء علی اختصاص الطلاق بکونه بید العبد دون غیره .

نعم لو اعتق قبل الفسخ فالرجوع والخیار له لانه من کسبه ومنافعه واحتمال کونه للسید من جهة کونه عوضا عما دفعه عن العبد الذی لم یدخل فی ملکه بل فی صوره کون الزوجه مدلسه یکشف ذلک عن عدم خروج عوض البضع عن ملکه ویرجع فی الواقع الی مالکه الاصلی وهو المولی دون العبد .

وفیه انه مع تحریر العبد یکون هو مستقلا فی الفسخ والامضاء للعقد

فاذا فسخ يکون المهر من منافعه کما اذا دفع شخص من زيد ثمن المبيع الواقع بين زيد وعمر فمع فسخ المعامله من طرف زيد يرجع الثمن الى زيد دون الشخص الثالث وهو واضح .

ثم انه لو کان الغار هو الوکيل للمولى اولها اولهما اوله يرجع الزوج بالجميع اليه ولو کان الغار هی والوکيل معا فينصف المهر فمن الوکيل نصفه حالا ومن الامه نصفه يوخذ منها بعد العتق واليسار .

ثم انه لو اولدها فهل يکون الولد مشترکا بين مولى العبد والجاريه او يکون مختصا لمولى العبد الظاهر الاول لان تدليس مولى الجاريه لاينافی ولايخرج الولد عن نماء ملکيهما بعد فرض اذن کل واحد منهما فی التزويج واما اذا کان فرض المسئله اذن مولى الجاريه دون مولى العبد فيکون الولد رقا لمولى العبد وبالعکس اذا فرض اذن مولى العبد دون الجاريه يکون الولد رقا لمولاها کما هو ظاهر .

ثم ان الکلام فی صوره صدق التدليس سواء کان مع الاشتراط فی متن العقد او ايقاع العقد مبنيا عليه او السکوت مع السئوال وعدمه اذا کان يعلم من حال الطرف انه اقدم على التزويج بالحره وبالجمله کلما يصدق معه التدليس واما اذا لم يصدق التدليس کما اذا کان الداعی الى التزويج هو حريه الزوجه من دون اشتراط فی البين اصلا لم يکن له الفسخ اصلا.

ثم انه لايفرق فی صدق التدليس بين کونها امه او بعضها لصدق التدليس مع التنصيف ايضا والولد فی هذه الصوره حر مطلقا لکونه تابعا لاشرف ابويه وهو الزوج او الزوجه مع التنصيف ايضا ـ وحکم رجوع الزوج بقيمه الولد الى الغار اذا اخذ منه واضح.

(فی ان التدلیس کان من طرف العبد)

(المسئلة الثانیه) اذا تزوجت المراه یرجل علی انه حر فبان مملوکا کان لها الفسخ قبل الدخول وبعده فلا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول ولها المهر بعده .

هذه المسئله عکس المسئله السابقه والحکم فیها بجواز الفسخ فی صوره تخلف الشرط واضح والاصل فی ذلک کله مضافا الی کونه هو مقتضی قاعدة الاشتراط ، صحیح محمدبن مسلم قال سالت ابا عبدالله (ع) عن امراه حره تزوجت مملوکا علی انه حر فعلمت بعد انه مملوک فقال هی املک بنفسها ان شائت قرت معه وان شائت فلا فان کان دخل بها فلها الصداق وان لم یکن دخل بها فلیس لها شیی فانهو دخل بها بعد ما علمت انه مملوک واقرت بذلک فهو املک بها .

وروایه محمدبن قیس عن ابی جعفر قال قضی امیرالموء منین فی امراه حره دلس لها عبد فنکحها ولم تعلم الا انه قال یفرق بینهما ان شائت المراه .

ولایخفی علیک فی صوره کون العبد ماذونا کما هوالظاهر من الروایه اوغیر ماذون نعم فی صوره عدم اذنه یکون خیارالفسخ لمولی العبد ایضا .

وحکم صوره تبعض العبد والرجوع به بعد العتق وصوره عتقه بعد العقد قبل الدخول اوبعده قدعرفته فی المسئلة السابقه فلانعید ، وکذاحکم ما لوکانت الزوجه امه الا ان الخیار فی هذه الصوره هو لمولی الجاریه دونها - بخلاف مورد الروایتین .

(الثالثه) قيل اذا عقد على بنت رجل على انها بنت مهيره فبانت بنت امه كان له الفسخ والوجه ثبوت الخيار مع الشرط لامع اطلاق العقد فان فسخ قبل الدخول فلا مهر ولوفسخ بعده كان لها المهر ويرجع به على المولى اباكان اوغيره.

المراد من المهيره كما في كلام غيرواحد منهم الجوهري الحره سميت بذلك لانها لاتنكح الابمهر بخلاف الامه فانها تنكح بالملك ايضا".

قال الشيخ في النهايه اذا عقد الرجل على بنت رجل على انها بنت مهيره فوجدها بنت امه كان له ردها وان لم يكن دخل بها لم يكن بها عليه شي وكان المهر على ابيها وان كان قددخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها فان رضي بعدذلك بالعقد لم يكن له بعد ذلك خيار انتهى .

وقال ابن البراج اذا تزوج من رجل ابنته على انها بنت مهيره فوجدها بنت امه كان مخيرا بين ردها وبين اقرارها على العقد فان ردها فعلى قسمين اما ان يكون دخل بها فعليه المهر بما استحل من فرجها وان لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيي وقدذكران المهريجب لها على ابيها اذا لم يدخل بها والا ولى ان ذلك لايجب وقال الكيدري ان لم يدخل بها فلاشيي عليه والمهر على ابيها على ماروى والاصل انه غيرواجب وقال ابن ادريس ان لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيي وروى ان المهر على ابيها وليس عليه دليل من كتاب ولاسنه مقطوع بها ولا اجماع والاصل برائه الذمه فمن شغل ذمه الاب بالمهر يحتاج الى

دلیل وان دخل بها کان المهر لها بما استحل من فرجها ورجع علی ابیها به فان رضی بعد ذلک بالعقد لم یکن له بعدرضاه الرجوع بالمهر ولاخیار الرد وقدعرفت ما عن المحقق فی المتن من عدم المهرلها مع عدم الدخول .

فالمخالف فی المسئله الشیخ صریحا والکیدری علی ما روی تلویحا کما قدعرفت والحق مع ما علیه المشهور من عدم المهر لها کما علیه قاطبه المتاخرین ولیس علیه دلیل ظاهروالروایتین سیحیی الاشاره الیهما وانماهما غیرمربوطه بهذه المسئله بل هما عن ادله المسئله التالیه فالاصل وهوعدم المهر بحاله فلا دلیل یقطع حکم الاصل .

وظاهر کلامهم کما صرح به المصنف والعلامه فی المختلف ان الخیار انما هوفی صوره الاشتراط لامع الاطلاق والرجوع بالمهر علی المدلس من جهته قاعده الغرور وفی فحاوی النصوص المتقدمه کما صرح به فی الجواهر فی امثال المسئله .

ثم انه لوظهر بنت معتقه ففی القواعد اشکل علیه ولعله من دخولها فی المهیره عرفا ومن دعوی تبادرالحره بالاصاله والظاهر هوالثانی خصوصا مع ملاحظه العار فی بنت تکون امها امه ولوفی الازمنه السابقه فلاوجه لما عن الجواهر من الحمل علی ظهورانها کانت امها امه حین ولدت ثم اعتقت فان الاشکال فیها اظهر من صدق انها الان مهیره ومن انها حین ولدت منها لم تکن بنت مهیره والظاهران العبره بذلک حین الولاده - وفیه انه من الواضح ان الاشکال من جهته العار لا فی

صدق المهيره فعلا" وعدمه فانه يقال عرفا ان هذه البنت هي التي ولدت من امه ولو كانت امها الان حره كما يقال فلانه بنت الطباخه اوالقابله او الماشطه والحجامه وان تركت شغلها من الازمنه السابقه فالميزان الوحيد هو الاطلاق العرفي .

المسئله الرابعه لو زوجه بنته من مهيره وادخل عليه بنته من الامه فعليه ردها ولها مهر المثل ان دخل بها ويرجع به على من ساقها اليه وترد عليه التي تزوجها وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت ارفع او اخفض .

او مساويه قال الشيخ في النهايه بعد التعرض لما تقدم من المسئله الاولى ما لفظه و متى كان للرجل بنتان احداهما بنت مهيره والاخرى بنت امه فعقد الرجل على بنته من المهيره ثم ادخلت عليه بنته من الامه كان له ردها وان كان قد دخل بها واعطاها المهر كان لها المهر بما استحل من فرجها وان لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر وعلى الاب ان يسوق اليه ابنته من المهيره وكان عليه المهر من ماله اذا كان المهر الاول قد وصل الى ابنته الاولى وان لم يكن قد وصل اليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمه الزوج انتهى .

ومن الواضح ان الشيخ فرض المسئله فيما اذا كان مهر المثل لبنت الامه مساويا لمهر المسمى لبنت المهيره فلذا اوجب على الاب ما دفع الزوج الى ابنته بمقدار ما دفعه من دون زياده لاجل المساواه بين المهرين والا فالقواعد لا يقتضي ذلك اصلا.

والاصل فی المسئله صحیح محمدبن مسلم عن ابی جعفر قال سالته عن رجل خطب الی رجل بنتا له من مهیره فلما کان لیله دخولها علی زوجها ادخل علیه بنتا له اخری من امه قال تردعلی ابیها وتردالیه امراته ویکون مهرها علی ابیها .

والصحیح الاخر عنه قال سالت اباعبدالله (ع) عن الرجل یخطب الی الرجل ابنته من مهیره فاتاه بغیرها قال تزف الیه التی سمیت له بمهراخر من عند ابیها والمهرالاول للتی دخل بها .

ومارواه احمدبن محمدبن عیسی فی نوادره عن ابن ابی عمیر عن حمادعن الحلبی عن ابیعبدالله (ع) قال ان علیا قضی فی رجل له ابنتان احدیهما لمهیره والاخری لام ولدفزوج ابنته المهیره فلما کان لیله البناء ادخل علیه ابنته لام الولد فوقع علیها قال ترد علیه امراته التی کان تزوجها وتردهذه علی ابیها ویکون مهرها علی ابیها .

وموردالسئوال والجواب فی الروایات الثلاثه واحدوالمراد من المخطوبه هوالمزوجه فاطلق علیها کنایه لا انها خطبت ولم تتزوج ویقع علیها العقد اذهذا المعنی خلاف ظاهرالروایه الاولی والاخیره خصوصا فی الاخیره بقوله تردعلیه امراته التی کان تزوجها .

ویوید الثلاثه ایضا مارواه ابن شهرآشوب فی المناقب عن اسماعیل بن موسی باسناده ان رجلا خطب الی رجل ابنتا له عربیه فانکحها ایاه ثم بعث الیه بابنته امها اعجمیه فعلم بذلک بعدان دخل بها فاتی

معاویه وقص علیه القصه فقال معضله لها ابوالحسن فاستاذنه واتی الکوفه وقص علی امیرالموٴمنین فقال علی علی ابی الجاریه ان یجهز الابنه التی انکحها ایاه بمثل صداق التی ساق الیه فیها ویکون صداق التی ساق منها لاختها بما اصاب من فرجها وامره ان لایمس التی تزف الیه حتی تنقضی عدتها ویجلدا بوها نکالا لما فعل .

وانت خبیر باتحاد المراد فی الروایات بعدحمل مجملها علی مفصلها وان المهر المسمی کان مساویا لمهرالمثل وان الذی ساق الی المدخوله الزوج هوالذی یلزم ذمه الاب وهویدفع عن ناحیه الزوج الی زوجته التی یتزف الیها فیمابعد .

ومن المعلوم ان ایجاب المهر علی الاب فی المسئله الاولی قیاسا للمسئله الثانیه کمانسب الی الشیخ لایصح اصلا مضافا الی کونه قیاسا انه مع الفارق لان التی حکم بکون المهر علی الزوج فی المسئله الاولی لهالم تکن زوجه بخلاف المسئله الثانیه فانها زوجه الا انها ابدلت بنته الاخری مکانها ودلسها علی الزوج بمکان زوجته اضف الی ذلک ان دفع المهر من ناحیه الاب الی الزوجه عوضا عن دفع الزوج المهر لها غرامه بما استحل من فرجها فالمدفوع من ناحیه الاب عوض غرامه الزوج لاشی اخر الا انه متحدمع مهرالمثل وان کان مهر المسمی .

واما احتمال اراده خطبه بنت المهیره ولکن العقد وقع علی بنت

الامه بعنوان انها بنت المهیره تدلیسا من الاب فیکون الخبران لمحمدبن مسلم ح دلیلی المسئله السابقه بل لعل خبره عن ابی عبدالله (ع) ظاهر فی ذلک بل والاول بناء علی ان المراد من الامراه فیها المسماه لها بالخطبته ونحوها خلاف ظاهرالروایات خصوصا الاولی التی یصرح فیها بردالامراه الیه وخصوصا لروایه الثالثه التی صرح فیها بردالامراه التی کان قدتزوجها والرابعه بعدالتصریح بقوله علیه ان یجهز الابنه التی انکحها .

والمسئله بحمدالله واضحه لاستره فیها ولیس شیی من الروایات دلیلا للمسئله الاولی .

****

(فی اشتراط البکاره)

الخامسه اذا تزوج امراه وشرط کونها بکرا فوجدها ثیبا" لم یکن له الفسخ لامکان تجدده بسبب خفی وکان له ان ینقص من مهرها ما بین مهرالبحر والثیب ویرجع فیه الی العاده وقیل ینقص السدس وهو غلط.

فهنا مسائل الاولی انه مع اشتراط البکاره فوجدها ثیبا مع العلم بکونه قبل العقد اما باقرارها اوالبینه اوبشی اخرمما یفید العلم کان له الفسخ سواء کان عدم البکاره عن البعل اوالزنا او من النزوه والحر قرص مثلا.

وفاقا لاکثرالمتاخرین ان له الفسخ عملا بمقتضی الشرط اللازم الوفاء به کما عن الریاض والجواهر فما عن کاشف اللثام ان ظاهر الاکثر وصریح بعض عدم الخیار للاصل والاحتیاط وان الثیبوبه لیست من العیوب ممالایقاوم دلیل الاشتراط والثیبوبه خلاف مااشترط وان لم یکن عیبا وهوواضح.

الثانیه اذاتزوج امراه وشرط کونها بکرا فوجدها ثیبا لم یکن له الفسخ لامکان تجدده بسبب خفی فلاینافی الاشتراط حصول الثیبوبه بعدالعقد کما عن الاکثر لخبرالقاسم بن الفضل عن ابی الحسن(ع) فی الرجل یتزوج المراه علی انها بکر فیجدها ثیبا "ایجوزله ان یقیم علیها قال فقال قدتفتق البکر من المرکب ومن النزوه.

والذی یفهم من الروایه انها بصددبیان خلاف قول حسن البصری

القائل بالانفساخ فی صوره الزنا بمقتضی ظاهرالایه الداله بحرمه ذلک علی المؤمنین وان زوال البکاره لایکشف عن زناها بل من فتق المرکب والنزوه فلایدل علی الزنا حتی یقال بالحرمه والانفساخ کما تقدم القول بذلک من الحسن البصری فلایکون دلیلا علی قول المشهور وفرض المسئله هو زوال البکاره بعد العقد وهولاینا فی الاشتراط والفسخ فیما زال قبل العقد بل وان لم یکن شرط بل وبناء علی صدق التدلیس بالسکوت ایضا کما تقدم نعم لوکان الداعی الی التزویج هو بداعی البکاره لم یکن له خیار فسخ ولارجوع اصلا لان احتمال البکاره لایوجب التدلیس مع عدمه .

ویمکن ان یقال انه مع اشتراط البکاره مع العلم بزوالها بعد العقد یکون له الفسخ بمقتضی الشرط لان الزوجه لیست مساقها مساق الملک الذی یکون العیب الحادث فیه بعد القبض وعدم الخیار من المشتری الذی لایوجب فسخا لانه عیب حادث حدث فی ملکه بعد تمام العقد بخلاف المقام فان المراه لیست ملکا للزوج بل زوجه فمع اشتراط البکاره والفرض عدمه له الفسخ لان المقصود من الاشتراط هو استیفاء البکاره من الزوجه فمع زوال البکاره قبل استیفائها لایکون الفسخ علی خلاف مقتضی الشرط - ومن المعلوم ان الشرط لیس وجود البکاره فی المراه وان لم یستوفی منها وزیاده المهر انما هو من جهته استیفاء البکاره والالتذاذ منها فمع عدمه یکون ناقصا " فکما یوجب النقصان تنقیص المهر فکذلک یوجب خیار الفسخ وبالجمله القول بجواز التنقیص کما هو المشهور مع القول بعدم الخیار بینهما

تهافت اذا النقص کما یوجب تنقیص المهر کذلک یوجب خیار الفسخ من دون فرق بینهما .

فظهر مما ذکرناه انه کما لا اشکال فی التنقیض مع سبق زوال البکاره کذلک لا اشکال مع التجدد بعد العقد ایضا لاطلاق النص والفتوی فی ذلک .

اما النص فهو صحیح محمد بن جزک الثقه الذی هو من اصحاب الهادی قال کتبت الی ابی الحسن اساله عن رجل تزوج جاریه بکرا فوجدها ثیبا هل یجب لها الصداق وافیا ام ینتقص قال ینتقص فان اطلاق الروایه یشمل صوره السبق واللحوق بالنسبه الی العقد کما انه یشمل صوره الزوال بالبعل والزنا والنزوه والمرکبه الی غیر ذلک.

واما اطلاق الفتوی ففی النهایه فی احکام التدلیس اذا عقد علی امراه علی انها بکر فوجدها ثیبا لم یکن له ردها غیر ان له ان ینتقص من مهرها شیئا .

قال فی المختلف بعد نقل هذا القول من الشیخ ولیس ذلک بواجب وعبارته الموجوده فی باب المهور ایضا" .

خال عن القید والیک العباره فی باب المهر ومتی تزوج الرجل بامراه علی انها بکر فوجدها ثیبا فانه یجوز له ان ینتقص من مهرها شیا انتهی .

فانها تشمل جمیع صور زوال البکاره .

وفی التحریر لو تزوج وشرط البکاره فخرجت ثیبا لم یکن له الفسخ وکان له ان ینقص من مهرها شیئا وهو ما بین مهر البکر والثیب ویرجع

فیه الی العاده انتهی .

وقال ابن ادریس ـ فی باب الممهور ومتی تزوج الرجل بامراه علی انها بکر فوجدها ثیبا فقد روی انه یجوز له ان ینقص من مهرها شیئا والصحیح انه ینقص من المسمی مقدار مثل ما بین مهر البکر الی مهر الثیب وذلک یختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغیر ذلک فلا جل هذا قیل ینقص من مهرها شیی منکر غیر معرف انتهی . قال العلاقه فی المختلف بعد نقل قول ابن ادریس وهو حسن وهو غیر مناف لما قاله الشیخ انتهی .

وکلام ابن البراج ایضا موافق للمشهور فانه قال اذا تزوجها علی انها بکر فوجدها ثیبا جاز ان ینقص من مهرها شیئا ولیس ذلک بواجب ـ ولعل عباره ابن البراج اشتبه علی العلامه بعباره الشیخ قده کما تقدم وکان صاحب الریاض لم یلاحظ کلام القاضی حتی نسب الیه قول ابی الصلاح الحلبی کما سیاتی .

وقد تقدم اطلاق کلام المحقق فی الشرایع فراجع ـ فعدم التفصیل بین ما یتجدد وما سبق یوجب الاطمینان بمرادهم وقد صرح بعض الاصحاب کصاحب الجواهر بتقویه ثبوت النقصان مع العلم بتجدد الثیبوته ایضا لترک الاستفصال فی الصحیح المتقدم الذی یمکن تقییده بکونه کالمبیع قبل قبضه فی ضمانه علی البایع حتی یقبض .

ویظهر من اطلاقات فتوای جمع من المتاخرین منهم صاحب الریاض والسید المجاهد الخمینی اعلی الله مقامه فی حاشیته علی الوسیله

حیث صرح فیها بانه فی صوره العلم بالتجدد اواحتماله فلا حوظ التصالح وانکان التنقیص لایخلو من وجه .

وقال فی الروضه فی شرح عباره المصنف وقیل والقائل ابن ادریس لافسخ ولکن ینقص من مهرها بنسبه ما بین مهرالبکر والثیب فاذا کان مهرالمسمی ماه ومهر مثلها بکرا ماه وثیبا خمسون نقص منه النصف الخ فالشهیدالثانی فهم من عباره ابن ادریس ان التفاوت هونسبه ما بین مهرالبکر والثیب کمالایبعدو اختاره العلامه کما قد عرفت فلا یردعلیه ما اورده السید عمیدالدین فی شرحه علی القواعد من انه یلزم علی قول ابن ادریس سقوط المهربالکلیه وذلک لانا لوفرضنا ان مهرها بکرا خمسون وثیبا اربعون کان له ان یسقط التفاوت وهو عشره کما قال ابن ادریس فلو فرضنا ان المسمی کان عشره لزم خلوالبضع من المهر باسقاط جمیعه - والایرادانما هوبعد حمل کلامه علی اسقاط مابه التفاوت لا اسقاط نسبته ما بین المهرین والحق هوالثانی ولا یبعد حمل کلام ابن ادریس علیه کما قدعرفت عن الشهید الثانی فی الروضه بل فی المسالک ایضا وعن سبطه فی شرح النافع .

وکیفکان فالمخالف قبال قول المشهور هوابوالصلاح الحلبی حیث قال علی مانقل عنه فی لف فی بحث المهور اذا تزوج بکرافوجدها ثیبا واقرت الزوجه بذلک حسب اوقامت به البینه فلیس یوجب الرد ولانقصانا فی المهرانتهی .

وقدعرفت ان هذا القول مضافا الی کونه خلاف المشهور مخالف لروایه محمدبن جزک المتقدمته .

وبالجمله فالاقوال فی المسئله خمسه علی ماقبل الاول هوالاخذ بمابه التفاوت من نسبه مهرالبکر الی الثیب واخذ تلک النسبه عن مهرالمسمی کماقدعرفت التصریح به فی المتن ونسب الی غیرواحد .

والثانی مانسبه السید عمیدالدین فی شرح القواعد الی ابن ادریس من کسر مابه التفاوت فاستشکل علیه ماقدعرفت .

والثالث المنسوب الی القطب الراوندی وهوکسرالسدس کما فی الوصیه وقد غلطه المصنف والظاهر عدم الدلیل علیه لاعرفا ولالغته .

والرابع هونقصان شیی ماکماهوالظاهرمن عباره الشیخ فی النهایه .

والخامس هوالاحاله علی نظرالحاکم کمافی المسالک ناسباله الی المحقق لانتفاء تقدیرالنص شرعامع الحکم باطه بالروایه الصحیحه فیرجع فیه الی رای الحاکم قال وهذاالقول منسوب الی المصنف ایضا وهواوجه الاقوال فی المسئله لثبوت النقص بالروایه الصحیحه وعدم تقدیره لغته وشرعا فلاشیی انسب له من نظرالحاکم وح فینظر فی اصل المسئله برایه - والذی یمکن ان یقوی بین الاقوال هوالنقص بماوقع علیه التراضی فان رجع هذا القول الی مااختاره شیخ الطائفه فهوالمراد والا یکون قولا موافقا للقواعد - خصوصا باعتبارعدم قیمته مضبوطه للبکاره حتی یرجع فی صوره التخلف الیها - ویمکن ان یکون مراد ابن ادریس من کسرمابه التفاوت ایضا راجعا " الی ماذکرناه

تضعیفا لما اختاره المشهور من اخذ نسبته التفاوت بین الصحیح والمعیب من اصل المهر بل هو ضعیف حتی فی باب ارش النقصان فی المعیب فی باب البیع وغیره لعدم دلیل صالح علیه وعدم ورود نص بذلک کما لایخفی .

****

النظر الثانی فی المهور وفیه اطراف الاول فی المهر الصحیح

وهو کلما یصح ان یملک عینا کان اومنفعه ویصح العقد علی منفعه الحر کتعلیم الصنعه والسوره والقرآن وکل عمل محلل وعلی اجاره الزوج نفسه مده معینه وقیل بالمنع استنادا" الی روایه لاتخلو من ضعف مع قصورها عن افاده المنع .

ولیعلم انه لاحد للمهر فی طرف القله والکثره فی الدائم والمتمتع بها کما فی صحیح ابی الصباح الکنانی عن الصادق علیه السلام قال سالته عن المهر ماهو قال ما تراضی علیه الناس .

وصحیح محمد بن مسلم عنه (ع) قال قلت له ادنی مایجزی فی المهر قال تمثال من سکر .

وصحیح الفضیل بن یسار عن ابی جعفر (ع) قال الصداق ماتراضیا علیه قلیل اوکثیر فهذا الصداق .

وصحیح الحلبی عن الصادق قال سالته عن المهر فقال ماتراضی علیه الناس او اثنتی عشره اوقیه ونش اوخمس ماه درهم .

وصحیح جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله قال المهر

ماتراضی علیه الناس اواثنتی عشره اوقیه ونش اوخمس ماه درهم .

وصحیح زراره عن ابی جعفر قال الصداق کل شیی تراضی علیه الناس قل اوکثر فی متعه اوتزویج غیرمتعه.

ویدل علیه الاخبار الوارده فی مهرالمتعه والاخبار الاخر المتفرقه وکل هذه الاخبار لیست بصدد بیان امرتعبدی لم یکن العقلاء عالما لولاها بل هی ارشاد الی ما علیه العقلاء من تعیین الصداق والتراضی به قل اوکثر.

ومن المعلوم عدم جریان الغرر والخیار بعدما تصادقا علیه ولو لم یکن معلوما ولامشاهدا" بل بعدکونه مما یتمول ای شیی کان ولو عن مجهول العنوان یحکم معه بصحه الصداق کما اذاکان معینا "فی الکیس اوتحت السجاده اوالجیب.

ثم انه کما یصح الصداق اذاکان عینا متمولا کذلک یصح اذا کان منفعه ویصح العقد علی منفعه الحر کتعلیم سوره اوصنعه والقرآن والشعروالخط وکل عمل محلل من الخیاطه والبنائه والادب والحکمه الی غیر ذلک کما هومضون المعتبره المستفیضه بل لامانع من جعل اجاره الزوج نفسه مده معینه کما فی قضیه موسی علیه السلام والمنع فیه کما عن الشیخ قده واتباعه وجماعه اخری استنادا الی روایه لاتخلو عن ضعف فی السندمع قصورفی الدلاله وهی روایه البزنطی عن الرضا علیه السلام قال قلت لابی الحسن(ع) قول شعیب انی ارید ان انکحک احدی ابنتی هاتین علی ان تاجرنی ثمانی حجج فان اتممت عشرا فمن عندک

اي الاجلين قضى قال الوفاء منهما ابعدهما عشر سنين قلت فدخل بها قبل ان ينقضي الشرط او بعد انقضائه قال قبل ان ينقضي قلت فالرجل يتزوج المراه ويشترط لابيها له اجاره شهرين يجوز ذلك فقال ان موسى (ع) قد علم انه سيتم له شرطه فكيف لهذا بان يعلم انه سيبقى حتى يفي وقد كان الرجل على عهد رسول الله يتزوج المراه على السوره من القرآن وعلى الدرهم وعلى القبضه من الحنطه.

وفي السند سهل بن زياد والامر فيه سهل بل رواياته من الثقات لكن دلاله الروايه على الحرمه بمكان من المنع واقصى ما تدل عليه هو الكراهه.

ولاينافي ذلك مارواه النوفلي عن السكوني عن ابي عبدالله (ع) قال لايحل النكاح اليوم في الاسلام باجاره بان يقول اعمل عندك كذا وكذا سنه على ان تزوجني ابنتك او اختك قال حرام لانه ثمن رقبتها وهي احق بمهرها وفي حديث آخر رواه الصدوق انما كان ذلك لموسى بن عمران (ع) لانه علم من طريق الوحي انه يموت قبل الوفاء ام لافوفى باتم الاجلين – وفي حديث صفوان عن الصادق قال ان موسى علم انه سيبقى حتى يفي .

ومن المعلوم ان الاشكال تاره من جهته عدم وصول المهر الى الزوجه واخرى من جهته عدم امكان الوفاء بالموت وغيره فاما من الجهته الاولى فانه اذا لم يرجع المهر بالاخره الى الزوجه فيكون العقد بلا مهر نعم اذا وصل الى الاب او الولي مثلا من جهته خرجه في مصالح

البنت فلا اشکال من هذه الجهته و اما الجهته الثانیه فمع امکان البقاء والایفاء لا اشکال فیه کما فی اجاره الاعیان، مع امکان تلف عین المستاجره ودیدن العرف فی معاملاتهم علی البقاء فلاضیر من هذه الجهته ایضا فالاولی حمل الروایه علی الکراهه.

ویدل علی اصل الحکم صحیح العلاء بن زرین عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر قال جائت امراه الی النبی فقالت زوجنی فقال رسول الله (ص) من لهذه فقام رجل فقال انا یا رسول الله زوجنیها فقال ما تعطیها فقال مالی شیی قال لا فاعادت فاعاد رسول الله الکلام فلم یقم احد غیر الرجل ثم اعادت فقال رسول الله فی المره الثالثه اتحسن من القرآن شیئا قال نعم قال قد زوجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها ایاه – وروایه سهل الساعدی معروف بین الفریقین.

التی رواها الشیخ فی الخلاف عنه ان امراه اتت النبی (ع) فقالت یا رسول الله انی قد وهبت نفسی لک فقامت قیاما طویلا فقام رجل فقال یا رسول الله زوجنیها ان لم یکن فیها حاجه فقال رسول الله (ص) هل عندک من شیی تصدقها ایاه فقال ما عندی الا ازاری هذا فقال النبی ان اعطیتها ایاه جلست ولا زار لک فالتمس شیئا فقال ما اجد شیئا فقال التمس ولو خاتما من حدید فالتمس فلم یجد شیئا فقال له رسول الله هل معک (عندک) من القرآن شیی قال نعم سوره کذا وسوره کذا سماها فقال رسول الله (ص) قد زوجتکها بما معک من القرآن.

ومن المعلوم انه لا یفرق بین جعل المهر تعلیم سوره او غیرها من المنافع – وبه قال الشافعی ایضا.

لکنه استثنی اصحابنا من جملته الاجاره وقالوا لایجوز ذلک لانه کان یختص موسی (ع).

وقال ابوحنیفه واصحابه لایجوزان یکون منافع الحر صداقا بحال سواء کانت تعلیمهم اوغیره لان عندهم لایجوزالمهر الاان یکون مالا اویوجب تسلیم المال مثل سکنی دارا وخدمه عبدسنه فاما مالایکون مثل ذلک فلایجوز.

وقد عرفت الجواب عن ذلک کله فان المنع من ذلک اجتهاد فی مقابله النص وبعد کون تعلیم الحرمالاویبذل بازائه المال لایمنع من جعله مهرا.

نعم لورجع الکلام الی جعل بضع المراه اجره للعمل فیمنع من ذلک لکنه خارج عن موردالکلام وکلام ابی حنیفه ایضا راجع الی المنع من جعل المهر منفعه لا المنع من الاجاره بالمال ففی الاجاره بمال علی ان یکون الاجاره عملا کالخیاطه بمال فانه لامانع منه علی رای ابی حنیفه ایضا فانه یمنع فی المقام ان یکون مایتعلق به الاجاره اجره ومهراللبضع وکیف کان فکلام ابی حنیفه فی المقام لایرجع الی محصل.

وعلی کل حال المدار فی المهر هوصدق المالیه ومایبذل بازائه المال من غیر فرق بین العین والعروض والمنافع والاعمال بل الظاهر جواز جعل المهر حقا مالیا کحق التحجیر ونحوه مما یصح المعاوضه علیه اوعلی اسقاطها مثل حق الدعوی والیمین وحق الخیار

والشفعه لعدم المانع من جعله مع صدق ماتراضیا علیه بل یمکن ان یقال عدم المنع ظاهرا" من جعل عتق العبد مهرا اوفک الملک کالوقف او اعطاء مال لزید برضایه الزوجه مثلا مهرا" ولایعتبرفیه

ان یکون حاصل المهر ملکا للزوجه مثلا بل لابد فی عقده النکاح ان لایکون العقد خالیا عن المهر ولو کان خالیا یصح العقد ویرجع الی مهرالمثل .

نعم یمکن ان یقال بمنع کون المهر صرف اعطاء شیی الی غیر الزوجه مع عدم کونه مقابلا بالمال کمافی اعطاء الزکاه لزیدلعدم مقابلته بالمال بل ویمنع من جعل الشرط مهراکما یدل علیه خبر حماده بنت اخت ابی عبیده الحذاء سئلت اباعبدالله عن رحل تزوج امراه ـ کمافی الجواهر ـ وفی الوسائل عن حماده بنت الحسن اخت ابی عبیده الحذاء قال سالت اباعبدالله (ع) عن رحل تزوج امراه وشرط لها ان لایتزوج علیها ورضیت ان ذلک مهرها قالت فقال ابو عبد الله هذا شرط فاسد لایکون النکاح الاعلی درهم اودرهمین لکن الروایه ضعیفه السند وفسادالشرط یمکن ان یکون من جهته خلوالعقد من المهروادله (المسلمون عند مشروطهم) الا شرطا احل حراما وحرم حلالا وکون المورد من مواردالاستثناء غیرمعلوم ـ وقدتقدم عن الاصحاب قدهم جوازالمهر حقا مالیا اوغیره ولا اختصاص له بالدرهم والدرهمین فان تعلیم السوره بما معه من القرآن یجوزان یجعل مهرا باتفاق منهم .

ومن جمیع ماذکرنا یعلم انه لامانع من جعل المهر علی غیرالزوج

بحیث ینتقل منه الی الزوجه فما عن الجواهر المنع من ذلک حتی مع اذن المالک اذا لم یکن علی وجه یدخل فی ملک الزوج لکون المهر کالاعواض التی لا یصح ان تکون لمالک والمعوض لآخر ممنوع بعد صدق التراضی وعدم خلو العقد عن المهر ولا دلیل علی کون المهر مثل الاعواض مضافا الی انه لم یدل دلیل علیه ایضا فی البیع وغیره کما اذا باع زید من عمر علی ان یعطیه الثمن شخص ثالث والقول بدخول الثمن اناما فی ملک المشتری حتی یخرج عنه الی ملک البایع ایضا مما لا دلیل علیه بعد صدق البیع والمبادله المالیه المعتبره فیه نعم فی صوره العوض یرجع الثمن الی ملک صاحب المال الا ان یدل قرینه حالیه اومقالیه علی الهبه او الانتقال منه الی المشتری وهو خارج عن البحث .

وبالجمله لا اشکال فی ان یکون علی الغیر دون الزوج کما قد اعترف بذلک فی الجواهر من جعل المهر فی ذمه الوالد لو زوج ولده الصغیر المعسر ـ بل فی بعض الاحیان ولو کان موسرا .

بل یظهر من العلامه قده فی القواعد وغیره المفروغیه عن مشروعیه بذل الغیر المهر عن الولد الموسر الصغیر اوغیره وهو الموافق للقواعد من دون ان یکون له معارض .

فظهر مما تقدم ان المستفاد من الادله عدم خلو النکاح عن المهر فلا بد فیه ولو لم یکن حین العقد، ان یکون فی البین مهر سواء کان مما یتمول اویبذل بازائه المال کقرائه القرآن وتعلیم السوره بل قد یستفاد من جواز التعلیم بما معه من القرآن جواز المهر مع التراضی

بمایکون مالا فی الواقع ولولم یکن معلوما فان تعلیم القــــرآن یصدق علی آیه اواقل او اکثر وسیاتی تتمه لذلک انشاءلله.

****

(في بيان كون الخمر والخنزير مهرا لدى الذمى) .*

ولو عقد الذميان على خمر وخنزير صح لانهما يملكانه فكون الخمر والخنزير مما اقر على ماليته في شريعتهم ظاهر ومن المعلوم الزامهم بما الزموا به انفسهم - بعد كونهما ملكا في دينهما فيصح ذلك بالنسبه اليهم عقدا "ومهرا" .

بل يمكن ان يقال جعل المسلم خمره بعد اسلامه مهرا لذمي وان لم يكن يصلح للماليه بالنسبه اليه لعدم المنع منه بعد التراضي من الذميان وعدم خلو العقد من مهر اذا كانوا في دينهم اعتبروا ذلك .

وعلى القول ببقاء حق الاختصاص في الخمر كما عن غير واحد لا يبقى اشكال من هذه الجهته لكن مع ذلك كله فيه تامل .

***

ولو اسلما او اسلم احدهما قبل القبض دفع القيمه لخروجه عن ملك المسلم سواء كان عينا او مضمونا والميزان في القيمه عند مستحله ان لم يكن بين المسلمين ذا قيمه .

ويمكن الخدشه في صوره اسلام الزوج دون الزوجه بعد جواز اخذ الخمر وجعل الخنزير ملكا لها من جهته قاعده الاقرار في ظاهر الشريعه - فانه على القول بحرمه دفع الزوج المسلم الخمر ايضا لايمنع ذلك من كون العقد ذا مهر له ماليه عند الذمي والفرض

وصولها علی مهرها بعقیده کونه مالا عندها ولولم یکن مالا شرعا عندالمسلم فانه عند المسلم ایضا مال الا انه منع من تملکه الشارع وعلی فرض عدم جوازالدفع فعلی القول ببقاء حق الاختصاص لا مانع من اخذالزوجه الذمیه الخمر بنفسها من دون ان یعطیه ذلک - نعم لوکان الزوجه مسلمه لایجوز ذلک - هذاکله بالنسبه الی القواعد الا ان یمنع من ذلک کله التسالم بین الاصحاب فی خصوص هذه المسئله اوفی امثال هذه وتحقیق ذلک فی محل اخر - والروایات الوارده فی المسئله کما سیاتی یمنع ذلک کله - ومنه یعلم انه لواصدقها شیئا لیس بمال علی عقیدته وانه مال علی عقیدتها ولایفرق فی ذلک کله بعدالتنزل الی القیمه من جهته کونه عینا اومضمونا کلیا لانتقال الضمان الی المثل فی المثلی والقیمه فی القیمی وکان المترائی منهما عتبار الخمر بعدالخروج عن المالیه قیمیه وان کان عندالعرف من المثلیات کالخل والوجه فیه خروجه عن المالیه ویتنزل الی القیمه بعد تعذر دفع المثل شرعا .

ویویدالتنزل الی القیمه بعد تعذر دفع العین .

روایه طلحه بن زید عن ابیعبدالله قال عن رجلین من اهل الذمه اومن اهل الحرب تزوج کل واحدمنهما امراه ومهرها خمرا "وخنازیر ثم اسلما قال ذلک النکاح جایز حلال لایحرم من قبل الخمر والخنازیر وقال اذا اسلماحرم علیهما ان یدفعا الیهما شیئا من ذلک یعطیهما صداقهما .

بناء على كون المراد من الصداق هو قيمة الخمر والخنزير لا مهر المثل .

ورواية عبيد بن زرارة قال قلت لابي عبدالله (ع) النصرانى يتزوج النصرانية على ثلاثين دنا خمرا" وثلثين خنزيرا ثم اسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر ويرسل به اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الاول - اللهم الا ان يقال ان المانع من جهة اسلام الزوجة لا الذمية وان الحرمة التكليفة لا يوجب خلو العقد عن مهر له مالية عند الزوجة فيحمل الرواية الاولى على صرف الحرمة وهو ايضا بعيد وبالجملة على القول بعدم جواز الدفع وضعا . ايضا لايستفاد من الروايات حكم ما لو دفع اليها شيئا ليس له مالية عند الزوج الا ان له مالية عند الزوجة كما فى دفع الخنافس والجعلان اوالوزغه والحيوانات الاخر التى لا مالية لها عند المسلم فتامل فى المقام حتى لاتكون على غير بصيره - ولذا قال فى الجواهر انه قد يقال بعدم وجوب القيمة فى المقام لو كان المهر مثلا خمرا معينا وقد اسلم الزوج وقد قبضته هى من دون اذن منه او مع عدم منعه لعدم جواز تعرضه لها فى ملكها بل من يتلف على الذمى خمرا يضمنه له فوجوب القيمة محل نظر انتهى.

فيعلم من ذلك ان المانع فى المقام شرعى ليس الا فلو وصل الخمر باى نحو كان الى الزوجة فانها وصلت الى مهرها من دون ان يكون بضعها مجانا".

ثم انه علی اسلام الزوج وقد قبضه فلایجیب علیه القیمه کما انه اذا اخذته من دون اجازه کما تقدم وا ما مع اسلام الزوجه فقد قبضه فانه فی حکم اتلافها فلاشیی معه علی الزوج وا ما مع اسلامها قبل القبض اذا کان المهر خمرا معینا " شخصیا اوکلیا یجیی حکم الضمان ففی صوره کون المهر شخصیا معینا لایمکن للزوجه اخذ ذلک لعدم کونه مالا عندها بعد اسلامها والفرض انه مال عند الزوج فیرجع الامر بالاخره الی خلو العقد بعقیده الزوجه عن المهر فلا بد من التنزل الی القیمه او الی مثلها من الخل اذا کان الخل مثلا" له عند العرف وکذا الکلام اذا کان المهر کلیا قابلا للانطباق علی مصادیق ما خرج عن المالیه بعد اسلامها .

فلیس اسلامها موجبا " لتفریط المهر علیها بعد ان کانت ما موره به عقلا وشرعا ارشادا " الی حکم العقل فالاسلام یوجب ارتفاع شانها وعزتها بعد ما لم تکن فلا یوجب ذلک ان تصیر بلامهر .

***

ولو کانا مسلمین اوکان الزوج مسلما قیل یبطل العقد وقیل یصح ویثبت لها مع الدخول مهر المثل وقیل بل قیمه الخمر والثانی اشبه

القائل بالبطلان الشیخان فی المقنعه ـ والنهایه والقاضی ابن البراج والتقی الحلبی ـ قال فی النهایه فان عقد علی شیی من ذلک (خمرا ونبیذا اولحم خنزیر). کان العقد باطلا ـ وفی متن التهذیب ای المقنعه) مالفظه قال الشیخ ای المفید رحمه الله لایجوز النکاح علی مالایحل تملکه من الخمر والخنزیر ـ انتهی ـ ومن المعلوم عدم

استفاده البطلان من هذه العباره الا ان یکون عدم الجواز وضعیا" بالنسبه الی بطلان العقد دون بطلان المهر وهوایضا مشکل ولعل مراده ایضا بطلان المهر لا اصل العقد- وکیف کان هذا القول شاذ.

والقول الثانی وهوالصحه کما هومختار المصنف وجماعه منهم الشیخ فی کتابی الفروع وابن ادریس واکثرالمتاخرین لوجودالمقتضی لها وهوالایجاب والقبول وعدم المانع اذلیس الا بطلان المهرومن الواضح ان بطلانه لایوجب بطلان العقد بل یصح العقد مع شرط عدم المهرایضا فهو فی حکم عدم المهرواذارجع الامرالی فسادالشرط فانه لا یوجب فسادالمشروط کماحقق فی محله فلیس ذکرالمهر الفاسد ابلغ عن اشتراط عدم المهر الذی لایوجب الفسادویتنزل الی مهرالمثل - وسیاتی لذلک تتمه بیان فی التفویض.

والوجه فی عدم البطلان (مضافا الی صحیحه الوشا وغیره ومضافا" الی ماسیاتی فی مسئله مالواصدقها ظرفا مخصوصا علی انه خل فبان خمرا" وعبدا فبان حرا الذی قالوافیه بالصحه والتنزل الی القیمه کما عن الشیخ فی خلافه ومبسوطه .

ان المقابله الاعتباریه فی النکاح لیس من سنخ المقابه فی المعاوضات کالبیع مثلا فان التقابل فی النکاح انما هوبین الزوجین (الرجل والمراه) والعوض والمعوض همانفسهما - والمهرشیی اجنبی عما به قوام التقابل فی النکاح بخلاف البیع فان التقابل فیه فی امثاله انما هوبین المالین فمع عدم احدالعوضین مالا شرعا اوعرفا لایصح المعامله لاجل فقدان التقابل والمبادله الاعتباریه المعتبره فی

حقیقه البیع ونحوه بخلاف النکاح فان المال خارج عن حقیقه التقابل فلذا لولم یکن دلیل شرعی علی لزوم المهر لقلنا بصحه النکاح مندون مهرکما هو عندالعقلاء فی الازمنه السابقه وفی زماننا وهوتاریخ ۱۳۹۲ الهجریه ذی الحجه لیله الجمعه المطابق ۱۳۵۱ الشمسیه .

فصحه العقد من جهته عدم دخالته فی رکن عقدالنکاح فلذا یصح العقد سواء کان المهر مالا اولا شرعا وسواء شرطا عدم المهرام لا وسواء ذکرا ولم یذکر کل ذلک لاجل خروج المهر عن رکن العقد بعد فرض قصداصل النکاح - وقدتقدم انه علی رجوعه الی الشرط الفاسد انه لایوجب فسادالمشروط .

فلا فرق فی الحکم بالصحه بین کونه مظنون الخلیه اومعلومها فبان خمرا " وحیوانا مملوکا فبان خنزیرا " اومالامملوکا فبان مستحقا للغیرالی غیر ذلک مما قیل فیه ان العقد صحیح قولا واحدا " کما عن الجواهر کما انه لافرق بین ماله قیمه کالخمر عندمستحیله ام لا کالعبد اذااستبان حرا ولابین العلم والجهل فمع فرض الصحه یحکم به فی جمیع ذلک وعلی ای تقدیر .

انما الکلام فی تعیین مهرالمثل فی جمیع صورفسادالمهراوقیمه ما ظهر فساده والحق هوالثانی وفاقا لجمع من الاصحاب کما اشرنا الیه فیما تقدم من القول به فی المسئله الاتیته فیما اذااصدقها ظرفا مخصوصا بزعم انهاخل فبان خمرا "اوبزعم العبدیه فبان حرااوبزعم اللحم الحلال فبان لحم خنزیر کما هومختارالشیخ فی المبسوط

والخلاف .

وهوايضا مقتضی القواعد بعدتراضی الزوجین بالمهرالمحدودخارجا من جهته المالیه والشخصیه اوالکلیه المنطبقه فی الخارج علی مصادیق خاصه - کتراضیهما علی الخادم الکلی والغنم والبقر والمعز والضان الکلی فانه علی فساد ذلک کله بکشف کون ما عینا حیوانا حلالا" حراما کالکلب مثلا اوبکشف کون ما عینا مهرا میته عندالعقد مع عدم علمهما بذلک - یتنزل عندالعرف والعقلاء بقیمه ذلک الشیی عندهم لاعلی مهرالمثل خصوصا اذاکان التفاوت من جهته القله والکثره ممالایتسامح معه فکانهما مع تراضیهما قداسقطا" الزاید عن المقدارالمعلوم والمالیه المعلومه .

فکما انه اذاعینا مافی الجوال الخارجی بزعمهماارزا" او حنطه مهرا" فظهر کون مافیه رمادا" وترابا" لایبذل بازائه المال فانه یتنزل مع ذلک کله الی مثل الحنطته المتوهمه اذاکان مثلیا" وهکذا لا انه یتنزل علی مهرالمثل اللهم الا ان یکون هوایضا مساویا معه فی المالیه وکذا یتنزل علی قیمه المهرالفاسد اذاکان قیمیا".

فدعوی کون البضع لایستباح الا بمهرالمثل مع فسادمهرالمسمی فلابد من التنزل علیه مما لادلیل علیه بعدتراضیهما فی الخارج بشی اقل بمراتب عن مالیه المسمی اواکثر.

وهکذا الکلام فی البیع الفاسدایضا بعدتراضهما علی اقل من القیمه العادله اواکثر فانه مع کشف فسادالعقدوعدم کون العقد

جامعا لشرائط العقديه اما ان يردنفس الثمن على فرض وجوده واما مع تلفه - يردعلى صاحب المال مثل ماله او قيمته مع كون القيمه والماليته المتقومه بالثمن القيمه العادله .

واما مع عدم كون البيع بالقيمه العادله كما اذا باع فرضا يساوى بماه تومان بعشره اوبقره كذلك فظهر فساد العقد فمع تلف المال فلا بد في التدارك من التنزل في ماليته بذلك المقدار لااقل من ذلك فان البايع اسقط ماليه ماله وجعل في عالم الاعتبار ماله قيمته ماه تومان عشره توامين فيرجع في التدارك عندالعقلاء بذلك النسبه لا انه يلزم عليه ردفرسه ومع عدم امكان الرد بتلف اوتعذر الوصول اليه لابد ان يردعليه ماه تومان من باب القيمه فان المفروض انه اسقط ماليه ماله ورضى باقل قليل فلا يتدارك الابما رضى لاثمن المثل الواقعي و لعمرى مع الرجوع الى ماهوالمتعارف عندالعقلاء في اسواقهم وعرفهم ومعاملاتهم لايبقى ادنى ريب وشك في ذلك والاشتباه انما حصل مع عدم المراجعه الى مابيدالعقلاء وحساب التضمين في صوره التلف والافراط والتفريط انما هوعرفي عقلائي لاحقيقه له الا مابيدالمعرف .

وكذا الكلام في صوره الاتلاف اذاكان العقدالفاسد سببا في اتلافه فتوهم كونه مالاله فظهرالخلاف - بخلاف صوره اتلاف مال الناس غصبا اومن دون استناد الى عقدفانه يوخذ بالسبب حتى يودى المال او ماليته الواقعيه .

ومما نحن فيه تقدر على حكم المهر الذى كان فساده من جهته كونه

ظهر مستحقا للغیر.

فانه ایضا یرجع معه الی مالیه المهر المعین بزعمهما لا علی مهرالمثل.

ثم اعلم انه مع کون الاجاره والعاریه والودیعه فاسده من جهته کون العین الواقعه علیها العقد ظهر مستحقا للغیر من جهته غصب الموجر والمودع والمعیر فانه وان کان یظهر من عده من المتاخرین ضمان المستاجر والودعی والمستعیر من جهته قاعده علی الید، الا انه یرجع بعد الغرامه بها علی الغار ای شخص کان الا ان التمسک فی المقامات بقاعده الید لاوجه له لعدم کون القاعده قاعده تعبدیه بل لیس هی الا ماکانت بید العقلاء لاتشتمل علی ازید من بناء العقلاء فی تضميناتهم - فمع کون الید امانه بای نحو کان لایرجع الیه عندهم ومالا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده عند العقلاء وبالعکس فما یظهر عن المحقق الثانی من عدم الضمان حیث قال فی باب الغصب ان الذی یلوح من کلامهم هو عدم ضمان العین المستاجره، فاسدا باستیفاء المنفعه فی غایه المتانه - کما صرح بعدم الضمان فی القواعد والتحریر وحکی عن التذکره ایضا وان کان یظهر من صاحب الریاض فی مسئله ثبوت اجره المثل ببطلان الاجاره ان العین مضمونه فی ید المستاجر مطلقا کما نسب الی المفهوم من کلمات الاصحاب ولعله لعموم الخبر بضمان ما اخذته الید وربما یستشکل فیه فی صوره جهله بالفساد لاناطه التکلیف بالعلم وارتفاعه مع الجهل و هو کما تری انتهی.

والظاهر ان الناسب هو المحقق الاردبیلی فی مجمع الفائده .

ومن المعلوم عدم وجود اجماع فی المسئله مع وجود الخلاف والوجه فی الضمان توهم کلیه تعبدیه لقاعده علی الید مع انه لایستشم منها الا ما بید العرف لا زید ولا انقص وبعباره اخری هی ایضا ارشاد الی ما بیدهم - کما ان من اتلف مال الغیر ایضا کذلک - فمع کون الید ید امانه لایضمن عند العقلا لیس علی التضمین المطلق دلیل شرعی من عموم او اطلاق حتی یوخذ به .

فالمغضوب منه یرجع الی الغاصب فی هذه المقامات لیس الا.

ولاباس بالاشاره الاجمالیه الی قاعده الاتلاف ایضا فانهم ای العقلا لایحکمون بضمان احد اذا لم یکن فیه افراط وتفریط کما اذا عثر الحمال فسقط ما فی ظهره وکذا اذا صادف سیارته مع سیاره اخری فان العرف والکارشناس انما هو بصدد کشف الجرم والتقصیر من ای ناحیه فمع ظهور عدم التقصیر من الطرفین یطلق سراح المتصادفین من دون تشدید فی ذلک .

نعم با بالدماء شی وراء ذلک والاخذ بالایه فی بعض المقامات ثبت تعبدا " کما انه اذا اشتری شیئا بماه مع کونه قیمته العادله عشره فمع فساد البیع لایضمن عندهم الابقیمته الواقعیه .

وبالجمله ان خلاصه ما ذکرناه فی المقام ان الضمان تاره من جهته ضمان المعاوضات فلا یضمن الا بما یضمن به العقلا واخری ضمان الاتلاف ففیه ایضا کذلک وثالثه ضمان السبب اذا صار سببا لاکل مال الغیر

فان العرف في هذه الصوره ايضا لايضمن الا السبب دون المباشر الغير المقصر ورابعه ضمان التلف في اليد من دون تقصيرفهوايضا يرجع الى الصوره الاولى في بعض الافراد وخامسه ضمان الاخذمن دون سبب كما اذا توهمه مال نفسه فاخذه اوغصبه فان الضمان بالمثل اذاكان مثليا والقيمه اذاكان قيميا بل الحكم بالضمان بالمثل اوالاقرب الى‌المالية عندالعرف لايخلو من قوه لان الميزان عندهم هو تدارک ماليته الشيي في صوره‌التلف اوالتعذر- وسادسه‌الضمان الشرعي كما في الديه والتفصيل في ذلک كله موكول الى محله.

****

(في بيان قدرالمهر في‌القله‌والكثره)

ولاتقدير في المهر بل ماتراضي عليه‌الزوجان وان قل مالم يقصر عن التقويم كحبه من حنطه وكذالاحد له في‌الكثره‌وقيل بالمنع من الزياده عن مهرالسنه‌ولوزاد ردالیها وليس بمعتمد.

ويدل على عدم لزوم التقدير من جهته القله والكثره الاطلاقات الوارده في ان‌المهر لاحد له وهوماتراضي عليه‌الزوجان‌وآيه‌القنطار الداله على الجوار في الكثره بحيث يصل الى حدالقنطار وقضيه المراه مع عمر في ذلک معروفه مشهوره ويكفيک في المقام ماقاله في المبسوط الصداق عندنا غيرمقدر فكل مايصح ان يكون ثمنالمبيع اواجره لمكترى صح ان يكون صداقا عندنا قليلا كان‌وكثيرا وفيه خلاف والكثير ايضا لاحدله عندنا لقوله تعالى‌وآتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا - النساء ۴-۲۶ وقيل ان‌القنطار سبعون الفا وقال

قوم ماه رطل وقال قوم هوملاء مسک ثور ذهبا وهواجماع لقصه عمر مع المراه التی حجته فقال کل احدافقه من عمرحتی النساء افقه من عمر.

وروی ان عمرتزوج ام کلثوم بنت علی فاصدقها اربعین الف درهم وانس بن مالک تزوج امراه علی عشره الاف وکان ابن عمرزوج بنات اخیه عبدالله کل واحده علی عشره الف وتزوج الحسن بن علی علیهما السلام امراه فاصدقها ماه جاریه مع کل جاریه الف درهم وتزوج مصعب بن الزبیر عائشه بنت طلحه فاصدقها ماه الف دینار فقتل عنها فتزوجها رجل من تمیم فاصدقها ماه الف دینار انتهی ما عن المبسوط.

ویدل علیه صحیحه الوشا عن الرضا (ع) قال سمعته یقول لوان رجلا تزوج امراه وجعل مهرها عشرین الفا وجعل لابیها عشره الاف کان المهر جایزا والذی جعله لابیه فاسدا".

وصحیح فضیل بن یسار عن ابی جعفر (ع) قال الصداق ما تراضیا علیه قلیل اوکثیر- فهذا الصداق.

وصحیح الحلبی عن ابی عبدالله (ع) قال سالته عن المهرفقال ما تراضی علیه الناس اواثنی عشره اوقیه ونش اوخمس ماه درهم.

وصحیح زراره بن اعین عن ابی جعفر قال الصداق ما تراضی علیه الناس قل اوکثر فی متعه اوتزویج غیرمتعه الی غیر ذلک من الروایات الوارده المتضافره فی عدم تحدیده فی جهه القله والکثره

والقائل بالمنع من الزیاده عن مهرالسنه وهوخمساه درهم السید المرتضی قده فی الانتصار حیث قال فیه ومما انفردت به الامامیه انه

لایتجاوز بالمهر خمساه درهم جیاد وقیمتها خمسون دینارا "فمازاد علی ذلک ردالی هذه السنه وباقی الفقهاء یخالفون فی ذلک الی ان قال والحجه بعداجماع الطائفه ان قولنا مهر یتبعه احکام شرعیه وقداجمعنا ان الاحکام الشرعیه تتبع ماقلناه اذاوقع العقد علیه ومازاد علیه لااجماع علی انه یکون مهراولادلیل شرعی فیجب نفی الزیاده انتهی - واماابن الجنید فالذی یظهر منه ان کل ما صح الملک له والتمول قلیلا اوکثیرا " فینتفع به فی دین اودنیا منعروض وعین اویکون له عوض من اجره دارا وعمل اذاوقع التراضی بین الزوجین فالفرج یحل به بعدالعقد علیه . نعم ذکرخبر المفضل دلیلا للسیدالمرتضی وسیاتی عدم دلاله الخبر علی الوجوب ثم عدم دلاله کلام الصدوق فی الهدایه والفقیه علی ازیدمن الاستحباب بل عدم دلاله کلام الاسکافی علی ازید من الاستحباب کما انه لایبعدان یقال بعدم دلاله کلام السیدایضا الا علی الاستحباب لبعد عدم اطلاع مثل السید علی الاطلاقات الوارده فی المقام وبعداراده الوجوب وهواجل من ان یخفی علیه مافی الکتاب والسنه المتواتره وفعل الصحابه والتابعین ومن تبعهم من المسلمین کما قدعرفت عن المبسوط فی احتجاج الامراه علی عمر وغیر ذلک مما یوجب الشک والتردیدفی نسبته الحکم الالزامی الی السید المرتضی ویمکن ان یقال ان کلام السید کان فی صوره الاختلاف بین الزوجین من جهته القله والکثره بعد ذکر هما مهرالسنه فی متن العقدوادعی الزوجه اکثر من مهرالسنه والزوج اقل اوماساوی مهرالسنه فوجوب نفی الزیاده من جهته ادعاء الزوجه

فیجب علی الحاکم الشرعی الرد علی حد مهر السنه فی صوره بروز الاختلاف لامطلقا الا ان هذا التوجیه وامثاله بعید عن ظاهر کلامه کما انه یمکن ان یکون مراده من اثبات مهر السنه فی صوره عدم ذکر المهر فی متن العقد فاذا ارادوا التعیین لایتجاوزبه عن مهر السنه کما هو فتوی عده من الاصحاب .

وکیف کان فالظاهر انحصار الخلاف فی السید بعد عدم صراحه غیره فی موافقته وقد عرفت عدم دلاله کلام الاسکافی وکذا الصدوق فی المقنع حیث قال اذا تزوجت فانظر ان لایتجاوز مهرها مهر السنه وهو خمسماه درهم فعلی هذا تزوج رسول الله نسائه وعلیه زوج بناته وصار مهر السنه خمساه فمن زاد علی السنه رد الیها ونحوه المحکی عن الفقیه والهدایه وقد تقدم ان کون مهر السنه السنه المحمدیه لایدل الا علی الاستحباب کما ان خبر مفضل علی ضعف سنده بمحمد بن سنان لایظهر منه الا الاستحباب کما احتمله العلامه فی المختلف .

وهو ما رواه محمد بن احمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن محمد بن سنان عن مفضل بن عمر قال دخلت علی ابی عبدالله علیه السلام فقلت له اخبرنی عن مهر المراه الذی لایجوز للموء منین ان یجوزوه قال فقال السنته المحمدیه خمساه درهم فمن زاد علی ذلک رد الی السنه ولاشیی علیه اکثر من الخمساه درهم فان اعطاها من الخمس ماه درهم درهما او اکثر من ذلک ثم دخل بها فلاشیی علیه قال قلت فان طلقها بعد ما دخل بها قال لاشیی لها ان کان شرطها خمسماه درهم فلما دخل بها قبل ان تستوفی صداقها هدم الصداق فلاشیی لها انما لها ما اخذت من قبل ان

یدخل بها فاذا طلبت بعد ذلک فی حیوه منه اوبعدموته فلاشیی لها .

قال الشیخ فی التهذیب بعدنقل الخبرانه لم یروه غیرمحمدبن سنان عن المفضل بن عمروهو مطعون علیه ضعیف جدا وما یستبد بروایته ولایشرکه فیه غیره لایعمل علیه ثم ان الخبر یتضمن ان المهرلایزاد علی خمسماه درهم ومتی زید ردالی خمساه وهذا ایضا قدمنا خلافه وان المهر ماتراضی علیه الناس قلیلا کان اوکثیرا والذی یکشف ایضا عن ذلک وانه لایجب ان یردالی الخمساه مارواه محمدبن یعقوب عن الحسین بن محمد عن معلی بن محمدعن محمدبن یحیی عن احمدبن محمد جمیعا عن الوشا انتهی ثم ذکرالروایه المتقدمه اقول انه مع الاغماض عن ضعف السندواشتماله علی مالا یقول به احدمن المسلمین فضلا عن الخاصه .

ان استفاده الوجوب منها ایضا مشکل بل غایه ما یمکن استفادته هوالاستحباب والامر فیه سهل .

قال صاحب الوسائل فی باب ۱۲ من ابواب المهران مهرالسنه کان متعارفا فی الصیغه بان یقولا علی کتاب الله وسنه نبیه - فیمکن ان یکون قرنیه فی البین علی الاراده اوذکرا الاطلاق اتکالا علی ما هو المتعارف فظهر خلافه - وسیاتی تتمه لذلک فی التفویض والرجوع الی کله اوحکمها ماینفع فی المقام وان لزوم الحکم بمالایتجاوز عن مهرالسنه ایضا لایستفادمن الروایات وان اخذوها من المسلمات فیما بینهم .

ويكفي في المهر مشاهدته ان كان حاضرا ولوجهل وزنه اوكيله كالصبره من الطعام والقطعه من الذهب ـ وليعلم ان ان المهران كان حكمه حكم الثمن في المعاوضات كما صرح به غيرواحد من الاصحاب فلابد فيه اعتبار ما يعتبر في الثمن والظاهر عدم الدليل عليه بل الدليل على خلافه مما تراضى عليه الزوجان وانه كان في زمن رسول الله تتزوج الامراه بما مع الزوج من القرآن وعلى القبضه من الحنطه والاكتفاء بها في المتعه التي هي اشبه بالاجاره ولابد فيه من ذكر المهر.

وان لم يكن حكم المهر حكم الثمن كما هوالاوفق بالقواعدفلا دليل على اعتبار المشاهده ايضا فيما اذاكان شيئا خارجيا له قيمومالية كان يكون تحت ظرف اويدا وثوب واشار الزوج اليه ورضيت الزوجه به فانكشف كونه شيئا ذا ماليه عندالعقلاء والظاهر عدم الاشكال فيه حتى لوطلقها قبل الدخول اواذا تلف قبل القبض لعدم النزاع فيه مع كونه معنيا في الخارج يرجع فيه الى مثله اوقيمته.

واما اذاكان شيئا كليا فلابدمن ذكرالاوصاف ليرفع الجهاله اورضاء الزوجه بمال كلي قابل للانطباق باي شيي ذي ماليه في الخارج و لا كلام فيه ايضا من عدم لزوم تعيين الخصوصيه فكانها مفوضه المهر في هذه الصوره .

واما اذاكان شيئا كليا من العناوين الخارجيه كالعبدوالدار والفرس والغنم والبقر فلابدفي تعيينه في الخارج في صوره الاختلاف

من الرجوع الی حد الوسط کما دل علیه الروایات وهو من قبیل الخطابات الشرعیه فی الزکاه والنذر والکفاره والعتق والوصیه والوقف الی غیر ذلک مما یرجع فیه الی الوسط لاالی حدالافراط والتفریط .

نعم لواصدقها شیئا مجهولا کلیا علی کونه ذامالیه فانه فی حکم عدم ذکر المهر والتفویض الیه فیعین فی الخارج ماترضی به مما یصلح ان یکون مهرا .

وبالجمله ادله نفی الغرر والضرر انما هو فی باب المعاوضات دون النکاح فلادلیل علی لزوم المشاهده ایضا فیصح جعل المهرشیئا ونحوه ویتعین علی الزوج اقل مایتمول - وعدم الاشاره فی النصوص فی المقام بالمعلومیه مع التصریح بالمعلومیه فی المتعه یورث الاطمینان الی عدم لزوم العلم به مطلقا فما یظهر من جامع المقاصد من اعتبار اوصاف السلم فیه فیما عدا خصوص الخادم والدار والبیت من جهته الروایه مما لاشاهد علیه بعدما عرفت من صحه التزویج فی الصدر الاول بما معه من القرآن اوالسوره مع کونهما مجهولی المقدار قله وکثره وقبضه من الحنطه .

****

(فی الرجوع الی حد الوسط فی صوره المنازعه)

ویوید عدم لزوم المشاهده والتعیین روایه علی بن ابی حمزه قال سالت ابا ابراهیم عن رجل زوج ابنه ابنته اخیه وامهرها بیتا وخادما ثم مات الرجل قال یوخذ المهر من وسط المال قال قلت فالبیت والخادم قال وسط من البیوت والخادم وسط من الخدم قلت ثلاثین اربعین دینارا " والبیت نحو من ذلک فقال هذا سبعین ثمانین دینارا ماته نحو من ذلک .

وعن ابن ابی عمیر عن علی بن ابی حمزه قال قلت لابی الحسن الرضا تزوج رجل امراه علی خادم قال فقال لی وسط من الخدم قال قلت علی بیت قال وسط من البیوت _ والروایه من جهته ابن ابی عمیر یوجب عدم التامل فیها من جهته علی بن ابی حمزه البطائنی مع اعتراف المفید علی ما بالی بقبول روایته ومحمد بن الحسن الصفار عن موسی بن عمر عن بعض اصحابنا عن ابی الحسن(ع) فی الرجل تزوج المراه علی دار قال لها دار وسط الوسائل ابواب المهور ۲۵ وفی التهذیب عن موسی بن عمر عن ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا .

والعمری لیس فی هذه الروایات امر وراء الارشاد بحکم العقلاء فی محاوراتهم ومعاملاتهم فی صوره بروز الاختلاف فی التعیین فانهم یرجعون الی الوسط ان لم یکن قرینه علی خلافه لقطع المنازعه .

فعلی بن ابی حمزه وان کان کذابا متهما " ملعونا علی لسان علی بن الحسن بن فضال وانه کان اصل الوقف وعمد الواقفه من بعد ابی

ابراهیم کما عن ابن الغضائری الا ان له اصلا یرویه ابن ابی عمیر الذی قالوا فی حقه اجمعت الاصابه علی تصحیح ما یصح عن ابن ابی عمیر الا ان یقال ان صرف نقل الاصل لایدل علی الصحه فانا ایضا نصحح ما صح عن ابن ابی عمیر ومجرد نقل ابن ابی عمیر لایوجب انه کان معتمدا باصله لکن الذی یمکن ان یقال ان النقل فی الازمنه السابقه کان من جهته الاعتماد فلذا کانوا یصرحون بعدم الاعتماد اذا لم یکن ثقه عندهم کما قال علی بن الحسن بن فضال قد رویت عنه احادیث کثیره وکتب تفسیر القرآن کله من اوله الی اخره الا انی لا استحل ان اروی عنه حدیثا واحدا" کما فی الخلاصه وفساد عقیده الرجل فی مسئله الامامه لایوجب رفع الید عن روایاته خصوصا" قبل زمان الوقف واکثر روات احادیثنا اما من الفطحیته او الواقفیه مع اعتماد الاصحاب علی روایاتهم .

واما موسی بن عمر بن یزید بن ذبیان الصیقل روی عنه محمد بن علی بن محبوب ومحمد بن احمد بن یحیی وروی محمد بن الحسن الصفار عنه عن ابن الی عیمر فی باب المهور والاجور وجهاله بعض الاصحاب بعد وثاقه ابن ابی عمیر لایضر فی صحه الروایه ـ فهی اصح سندا مما سبق والله العالم .

****

ویجوزان یتزوج امراتین اواکثر بمهر واحدویکون المهر بینهن بالسویه وقیل یقسط علی مهورامثالهن وهواشبه.

سواء کان الزوج واحدا " اومتعددا " وسواء کان القبول واحدا " کمااذاقبل بنفسه اوبوکیله عن کل واحدمنهمااووکیلین عنهما علیحده ـ وصرف اتحاد الایجاب والقبول لایوجب وحده القصداعتبارا " کما اذا اوجدالبیع والنکاح بعقد واحدفانه فی الحقیقه جمع فی التعبیر والعقد متعدد فی عالم الاعتبار نعم لوکان القصدالیبیع الحمار والدار معا اوهمامعالکتاب بحیث یکون المجموع من حیث المجموع مبیعا واحدا " ففی هذه الصوره لایقسط الثمن علی کل واحد منها بل العقد واحدوالبیع واحدوالمبیع ایضا واحدبالاعتبار بخلاف الزوجه والدار فان التعبیر واحدعندهم فهولایوجب وحدهالعقدکما لایخفی فمع کون المهر واحدا " للزوجتین اولا مرتین لامانع من صحته العقد لشمول الاطلاق والعموم لذلک من اوفوا بالعقودوغیره ـ فمع ذکر عوض واحد فی العقد یقسط المهر علی کل واحدمنهمابنسبه مهور نسائهما ولایضرالجهاله بمقدارالمهر حین العقد بعدالعلم بمقدار مهور نسائهن والنسبه بنحوالاجمال ومع انه لادلیل علی اشتراط المعلومیه یکفی فی ذلک العلم بالقدر فی العقدالواحدصوره و ان کان متعددا "

****

فی عالم الاعتبار ـ فمع فرض تعدد العقد بتعدد ایجابه وقبوله لفظا او التعدد الاعتباری کما فی ما نحن فیه لایضر الجهل بقدر المهر ـ کما انه لایضر الجهل بقدر الثمن فی البیع ایضا اذا باع المالین لمالکین من متحدا ومتعدد بثمن واحد ویقسط علی ما یخص کل واحد بحسب قیمته ـ وادله النهی عن الغرر مختص بصوره الخدعه لاجل کون الغرر عباره عن الخدعه ولیس الغرر عباره عن الجهاله فلا یشمل بیع المجهول ـ کما حقق فی محله والعقلاء یقدمون علی البیع المجهول ثمنه من دون نکیر ونهی النبی صلی الله علیه وآله عن الغرر لیس الا من جهته الخدعه فانهم لایقدمون مع الخدعه فی البیع وغیره وعلی فرض شمول الغرر لما نحن فیه لیس فیه غرر بعد العلم بنسبته المهر الی مهور نسائهن فانه فی الواقع ونفس الامر معین واعترف بذلک فی الجواهر ایضا بعد القول بعدم الکفایه حیث قال علی احتماله ای احتمال الکفایه اکتفاء بالمعلومیه فی هذه المقابله وان تعدد العقد لعدم دلیل علی اعتبار ازید من ذلک کما لو قال بعت الدار زیدا " وبعت العبد عمرا " بماه فقال کل منهما قبلت فتشتغل ذمه کل منهما بما یخص المبیع من التقسیط انتهی .

ولایرد علیه القول بفسخ العقد بوجود العیب فی احدی الزوجتین او احد الزوجین من جهته اتحاد العقد وعدم تصور تبعض العقد فی الفسخ الطاری علیه فیلزم ح رد نکاح الامراه الصحیحه والرجل الصحیح من دون عیب ومع تراضی الزوجین وعدم ارادتهما الفسخ .

اما اولا فان وحده العقد لایوجب وحده المعقوده فان الفسخ انما هو من حین لا اقاله العقد وجعله کان لم یکن ففی الحقیقه یرجع الفسخ الی منع استمرار اثر العقد فی الزمان الذی بعد زمان العقد ومنع الاثر عباره عن رد الزوجه لاعقد الزوجیه فالزوجه ترد بعیب فمع ثبوت العیب فی واحد یرد زوجیه المعیوب لا مطلقا ولا یفرق فی المقام بین کون الزوجتین لزوجین او لزوج واحد کما انه لایفرق فی البیع ایضا بین کون المبیعین لشخص او لشخصین .

نعم لو کان المبیع المجموع من حیث المجموع لا لتعبیر فی الجمع کما تقدم کان له وجه بخلاف المقام .

وثانیا ان العقد وان کان واحدا " فی الصوره الا انه متعدد اعتبارا کما تقدم فلا یلزم من فسخ احدهما الفسخ فی الاخر .

ثم ان مقتضی القواعد هو تقسیط المهر بنسبته مهور نسائهن ومهر امثالهن کما عن غیر واحد فالقول بالتسویه کما عن المبسوط ومن تبعه لاوجه له بعد عدم مساعده الدلیل علیه .

هذا کله فی صوره صحته المهر واما علی فساده ففی المسالک القول بالتقسیط کذلک حتی علی القول بالبطلان قال الفرق بینه و بین المجهول المطلق الذی لایمکن تقویمه فان المتجه فیه مهر المثل بخلاف المقام الذی یمکن فیه توزیع المسمی علی مهور امثالهن فیکون لکل واحد ما یقتضی التوزیع وح یتجه مع القول بالقسمه .

والظاهران الوجه فیه بعد فسادالمهر هو ثبوت مثله اوقیمته ویقسم بالنسبه لا تقسیم ماکان مال الغیر مثلا فیکون التقسیط فی صوره الفساد ایضا علی القاعده فماذکره فی الجواهر ایرادا " علیه من عدم اعتبار توزیعه بعدفرض فساده وعدم عقدملزم به - مما لا ینبغی فان اعتبار التوزیع من جهته مثله اوقیمته وان الالزام من جهته العقد الواقع فی البین فمع فسادالمهر یرجع الیهماکماتقدم. ومماذکرنا یظهر حکم مالوکان له بنات لابنین فزوجهن صفقه واحده بمهر واحد بان قال زوجتک بنتی زینب ورقیه من ابنیک علی ومحمد بالف والکلام فی التقسیط فی صوره الصحه والفسادهوماتقدم والتعدد فیهما صریح فی الجمع فی التعبیروان لم یکن الایجاب والقبول متعددا ".

****

(فی لاخذبحدا لوسط فیما اذاکا ن له افرا دمختلفه)

ولو تزوجها علی خا دم غیرمشا هده ولاموصوفه قیل کا ن لها خا دموسط وکذا لوتزوجها علی بیت مطلقا استنا دا " الی روا یه علی ابن ابی عمیرعن بعض اصحا بنا عن ابی الحسن علیه السلام .

قد یقا ل بعدم الخلاف فی البطلان فی صوره ایقا ع العقد علی مهر مجهول بحیث لایمکن استعلامه فی نفسه کعبد ، ودا به وشیی فا نه یبطل المسمی لامتنا ع تقویم المجهول ولکن استثنی الشیخ وجما عه الخادم والدار والبیت استنا دا " الی الروا یتین وقدتقدم فی السا بق ذکر هما مع التعرض بسندهما ایضا وقدیقا ل با ن الوسط من هذه الاشیاء ایضا لاینضبط بل هومختلف فیه اختلافا شدیدا "خصوصا علی عدم تعیین بلدالدا روالبیت انتهی .

ولایمکن ان یقا ل بالصحه فی صوره کون المهر خا دما ودا را "وبیتا ویتنزل فی کل واحد منها الی الاعتبا ر ببلدالعقدالواقع علیها فیها ومع کونه واقعا " علی الدا به فا ن کا ن قرینه علیها من الدواب من الاغنا م وغیرها من الفرس والحما ر فلا بد من الاخذبه وا ن لم یکن قرینه فمع الرضا بما یصدق علیه الدا به فهی فی حکم مفوضته المهر وقدتقدم ان الزوج یعین مهرها فی دا به لها ما لیه عندالعقلاء وا ن لم ترض فلابدفی صوره بروزالاختلاف الی الرجوع الی مهرالمثل - وقد عرفت غیرمره عدم مدرک صحیح للاجماع خصوصا فی امثا ل هذه المسائل .

ولوتزوجها علی کتاب الله وسنته نبیه ولم یسم مهراکان مهرها خمس ماه درهم ، بلا خلاف کما عن غیرواحد منهم صاحب الجواهر مع اراده کون المهر مهرالسنته وارادومن السنه سنته النبی فی المهر وهوخمساه درهم واما مع کون المرادمن سنته الرسول سنته النکاح وانه غیر سفاح فلایتنزل علی مهرالسنه .

ویدل علیه روایه اسامه بن حفص الذی کان قیما لابی الحسن ولم یردفیه توثیق الا ان فی سندها عثمان بن عیسی قال قلت لابی الحسن (ع) رجل یتزوج امراه ولم یسم لها مهرا " وکان فی الکلام اتزوجک علی کتاب الله وسنته نبیه فمات عنها اواراد ان یدخل بها فما لها من المهر قال مهرالسنه قلت یقولون لها مهر نسائها فقال مهرالسنه وکلما قلت له شیئا قال مهرالسنه۔ قلت ولعل تعیین مهرالسنه کان متعارفا کما اعترف به فی الوسائل وانهم کانوا یقولون فی صفه النکاح علی کتاب الله وسنته نبیه مرادا به مهرالسنه .

وکیف کان فان کان فی البین قرینته علی اراده مهرالسنه فیوخذ به والا یکون فی حکم عدم تسمیه المهرفیرجع به الی مهورنسائهن وامثالهن .

ثم انه مع اراده مهرالسنه لا احتیاج الی ذکرالقدر بل یمکن ان یقال ان المدار فی المهر هوالتعین الواقعی فلوکانا جاهلین بمهر السنه اوکان احدهما جاهلا والاخر عالما لایضر ذلک کله فی تعیین المهرالواقعی بل یمکن ان یقال بالقیمه اذاقال علی مهر فلان

لزوجته مع کونه متعینا" فی الواقع ولم یعلم به الزوج والزوجه ولادلیل علی ازید من کون المهر متعینا واقعاکماتقدم بعض الکلام فیه فی المتعه ایضا.

اللهم الا یقوم اجماع علی خلافه - ولایمکن اثباته.

کما انه لوکان المهر مضبوطا ومعینا تحت ظرف اومکتوبا فی دفتر معینا" ورضیا بذلک المهر المعلوم المعین لایکون ایرادا فی صحته العقد ولافی صحه المهر سواء کان عینا" شخصیا اوکلیا" قابلا للانطباق علی مصادیقه.

****

ولو سمی للمراه مهرا ولابیها شیئا معینا " لزم ما سمی وسقط ما سماه لابیها ولو مهر ها مهرا " وشرط ان یعطی اباها منه شیئا معینا قیل یصح المهر ویلزمه الشرط بخلاف الاول .

اما المسئله الاولی مضافا الی عدم الخلاف فیها وعن الغنیه الاجماع علیه ومضافا الی صحیحه الوشا عن الرضا (ع) قال سمعته یقول لو ان رجلا تزوج المراه وجعل مهرها عشرین الفا وجعل لابیها عشره الاف کان المهر جایزا والذی جعله لابیها فاسدا .

انها مطابقه للقاعده فان الاب خارج عن رکن العقد فی النکاح وانه زوجه والمهر عوض بضع الزوجه ولابدان یکون واصلا الی الزوجه اوغیرها بامرها وصرف مطالبه الاب شیئا غیر مهر الزوجه لایلزم الوفاء به ولاهو داخل فی ضمن الشرط مع الزوجه واطلاق الروایه ایضا منزل علی هذه الصوره لاصوره الاشتراط مع الزوجه اوالدفع الیه مع اذنها اواجازتها .

اما المسئله الثانیه وهی الدفع الیه مع الاشتراط فی ضمن العقد مع الزوجه فهو المطابق للقاعده فلابد من الدفع وفاء للشرط وان المسلمون عند شروطهم ـ فهو فی الحقیقه جزء من المهر شرط مع الزوجه دفعه الی ابیها باذنها ـ وان المشترط هو الزوجه دون الزوج .

ولیعلم ان فی المقام صورتان ـ فتاره یکون المشترط فی الزوجه فیرجع الی دفع شیی من مهرها باذنه الی الاب اوغیره ـ واخری یکون

الاشتراط من ناحیه الزوج فکانه الزام منه الی دفع بعض المهر اوشیئا اخر الی الاب فهو ایضا لایلزم الوفاء به لامن جهته الشرط بل من جهته عدم کون الاب فی المقام ذی حق فی المهر حتی یطالب به اویشترطه الزوج علی الزوجه فی متن العقد.

وبالجمله کل ماکان الشرط من ناحیه الزوجه علی الزوج یکون نافذا مطلقا ـ وکلما کان من قبل الزوج علی الزوجه فانه غیر نافذ لعدم کون عقد النکاح کعقد المعاوضات حتی یلزم الشرط من ناحیه کل من المتعاقدین فان للزوجه حق تام فی تعیین مهرها بای مبلغ کان وان لها الاستقلال من دون الزام فی ذلک فیکون شرط دفع بعض المهر الی ابیها اواجنبی بحیث یکون حق المطالبه والفسخ الی الاجنبی فی حکم سلب اختیارها عن تعیین مهرها فهوشرط مخالف لمقتضی عقد النکاح فی ان تعیین المهر بید الزوجه مطلقا اومن کان ولیا لها ـ بخلاف الاشتراط من ناحیه الزوجه علی الزوج فانه فی حکم المهر ولایفرق فیه بین دفعه الیها اودفعه الی شخص اخر باذنها الا ان الذی یظهر عن عباره الکتاب کون المشترط هوالزوج دون الزوجه فیرجع فی البطلان وعدم الوفاء به الی الصوره الاولی الذی هو اجنبی عن العقد وبالجمله یکون الشرط علی الزوجه فیرجع نتیجه الشرط الی الاجنبی بحیث یکون له المطالبه وله الاسقاط من دون ان تکون الزوجه ذات حق فی الفسخ والمطالبه فیرجع حق الشرطیه الی الاجنبی.

فیبطل اللهم الا ان یقال انه مع هذه الصوره ایضا یکون المشترط

هی الزوجه فکانها شرطت ان یکون حق اسقاط الشرط و مطالبته الی الاجنبی فلابد من الوفاء به ایضا اذا لایلزم الوفاء فی صوره کون الشرط عایدا نفعه الی المتعاقدین بل اذا شرط احد المتعاقدین شرطا یرجع نفعه الی غیرهما ایضا یلزم الوفاء به لاطلاق ادله الوفا بالشرط فتامل .

نعم لو جعل شیئا علی ابیها لاجنبی فی قبال عمل محلل من الوساطه اوغیرها کان ذلک لازم الوفاء کما اعترف به فی المختلف من ان الوجه ان نقول ان کان قد جعل للواسطه شیئا علی فعل مباح وفعله لزمه ولم یسقط منه شیی بالطلاق لانه جعاله علی عمل محلل مطلوب فی نظر العقلاء فکان واجبا بالعقد کغیره ـ من غیر فرق فی ذلک بین کون العوض علی العمل مذکورا فی متن العقد اومستقلا ومع الطلاق فی صوره عدم الدخول لایرجع علی شیی مما جعل لغیرها لانه کان فی قبال عمل محلل وقد صدر ممن جعل له .

واما اذا جعل شیی من المهر للاب باذن الزوجه فهوجزء المهر یرجع الی نصفه فی صوره الطلاق مع عدم الدخول ثم انه لایفرق فی صوره کون الجعل جزء من المهر مع کون المشترط هی الزوجه کونه دخیلا فی تقلیل المهر ام لاوظن لزوم الشرط اولا.

کما انه فی الصوره التی یکون هو المشترط لایفرق ما ذکر فی البطلان

سواء کان دخیلا فی تقلیل المهرام لاوظنت اللزوم املا فان زعمها لزوم ذلک الجعل علی الزوج فی الصورتین لایوجب فساد العقد کما لا یوجب فساد المهر وان کان دخیلا فی رضایه الزوجه بالمهر القلیل ضروره کون ذلک من الدواعی التی لایوجب بطلانها بطلان المهر والعقد الا ان تصیر مغبونه بالمهر القلیل من جهته زعمها بالالتزام بالشرط فظهر مما ذکرنا من اول المسئله الی هنا ان المشترط ان کان زوجه فیلزم الوفاء به مطلقا الا ان یکون فی قبال عمل محرم فلها المطالبه ولها الاسقاط بخلاف ما اذا کان المشترط هو الزوج فانه شرط خلاف مقتضی عقد النکاح من جهته ان المهر بید الزوجه والشرط یوجب سلب اختیارها عنه واما اذا کان الجاعل الزوج فی قبال عمل محلل للاب فی الوساطه وغیره فالمشترط فی الحقیقه هو الاب اوهو من باب الجعاله فیجب الوفاء به فی صوره صدور العمل اوقبل العمل لیصدر منه العمل لامطلقا .

ثم انه لا یفرق فیما ذکر بین کون الشروط لغیرها من جملة الاعمال کالخیاطه اوالنجاره اومن الاموال کاعطاء عشره دینارا ومن العروض ویحکم بفساد المشروط لغیرها اذا کان المشترط الزوج علی الزوجه مثلا لعدم نفوذ شرط علیها الا تسلیم البضع لاشیاء اخر .

واما اذا کان المشترط الزوجه سواء کان اسقاط الشرط ومطالبه بیدها اوبید الاجنبی وسواء کان اشترط مالا وعملا فانه یحکم بالنفوذ مطلقا فانه اذا کان الشروط من الاموال واشترط ملکیته لزید علی نحو

شرط النتیجه فانه ایضا لامانع منه لعدم توقیفیه اسباب الملک وحصره فی العقود مثلا فکما ان التملیک بالشرط عقلائی کذلک الملک به من دون فرق بینهما عندالعقلاء ثم انه قدتقدم ان المجعول للاب فی صوره التسمیه انما هوخارج عن متعلق العقد فهواما تشریف له او انه مطالب مستقلا مع قطع النظر عن مهرالبنت وتوابعه فکانه یطالب شیئا فی قبال زحماته فی المده التی صارت بنته کبیره واصله الی حدالازدواج - فعلی ای حال هوخارج عن متعلق العقدومرجعه الی مایسمی فی الفارسیه (باج سبیل) فهوخارج عن المهروخارج عن مقابله البضع حتی یکون المجموع مقابلا له فماتوهم من عباره الریاض وغیره من کون المهر مجموع الامرین فی مقابل البضع مما لایلائم ظاهر صحیحه الوشاء ولاکلام المتقدمین کالشیخ فی الخلاف والمبسوط والنهایه ومن تبعه من المتاخرین فان الظاهر من کلماتهم کون المهر شیئا فی قبال البضع وماجعل للاب شیئا اخوراء المهر وهوالذی یحکم بفساده کما انه یحکم بفسادکل شرط کان شارطه الزوج علی الزوجه لرجوع صحته الشرط الی اخراج سلطنه البضع عن اختیار المراه وهوخلاف الکتاب والسنه کما اعترفوا به واما اذاکان الشارط هی الزوجه علی الزوج مطلقا فانه یجب الوفاء به مطلقا سواء کان المشروط یرجع نفعه الی الزوجه اوالی الاجنبی لکن باشتراط الزوجه.

وبالجمله ان الاشتراط فی ضمن العقد علی عدم الوفاء به یوجب الخیار لمن له الشرط سواء کان المشترط بنفع المشارط اوالاجنبی

فمع کون ما یعطی الزوج شیئا من المهر الی الاب او لاجنبی اذا تخلفت المراه عن الوفاء بالشرط لایوجب ذلک الخیار للزوج لا بالنسبه الی اصل العقد کما هو واضح ولا بالنسبه الی المهر فانه فی قبال البضع فالاشتراط من ناحیه الزوج الی الزوجه لا فائده له ولایجعل التخلف الخیار الی ذی الشرط کما یوجب فی سایر الشروط فیمکن ان یقال ان مثل هذا الشرط اجنبی عن ادله الوفاء بالشروط لان التخلف فی الشروط یوجب خیار تخلف الشرط بخلاف المقام فکلام الاصحاب یرجع محصله الی ان الشارط اذا کان زوجا یحکم ببطلانه من جهه ان التخلف من ناحیه الزوجه لایوجب سلطنه للزوج لا بالنسبه الی العقد ولا بالنسبه الی المهر کما هو ظاهر

بخلاف ما اذا کان الشارط هی الزوجه فانه مع تخلف الزوج عن الوفاء بالشرط یوجب الخیار للزوجه بالنسبه الی فسخ المهر المقرر والرجوع الی ازید منه او مهر المثل .

نعم لو اشترط الزوج علی الزوجه دفع شیی من مهرها الی الاب بحیث لو لم یکن دفع لما قرر المهر بهذا المبلغ مثلا اذا امهرها عشره الاف بشرط ان تدفع الفین منها الی الاب بحیث لو لم تدفع یکون له الشرط وتنزیل المهر الی ثمانیه الاف فلا باس بالاشتراط بهذا النحو .

****

(فی عدم لزوم الاخذ بالقرائات السبعه)

ولابد من تعیین المهر بما یرفع الجهاله فلواصدقها تعلیم سوره وجب تعیینها ولوابهم فسدالمهر وکان لها مع الدخول مهرالمثل وهل یجب تعیین الحرف قیل نعم وقیل لاویلقنها الجایزوهواشبه ولوامرته بتلقین غیرها لم یلزمه لان الشرط لایتناولها ولواصدقها تعلیم صنعه لایحسنها اوتعلیم سوره جاز لانه ثابت فی الذمه ولوتعذرالتوصل کان علیه اجره التعلیم .

قدتقدم الکلام فی عدم اعتبار تعیین المهر بالمشاهده وغیرها بل المهر ماتراضیا علیه الزوجان ولولم یشاهداه اصلا نعم لوکان المهر شئا کلیا لابدفیه من ذکرالعنوان الکلی حتی یرفع الجهاله اواحرز رضاء الزوجه بشی کلی قابل للانطباق الی شیی فی الخارج له مالیه عرفیه عندالعقلاء الذی امضاه الشرع لا اذا عین الزوج ما لا مالیه له عندالشرع کالخمر والخنزیر مثلا.

فلواصدقها تعلیم سوره اوبمامعه من القران من دون علمها بالخصوصیه لایلزم تعیینها ومع الابهام لایحکم بفسادالمهربل یرجع الی ماقصده الزوج ومع الدخول لایرجع الی مهرالمثل بعدالتراضی الی شیی اقل بمراتب عن مهرالمثل اواکثر فیرجع فی صوره بروز الاختلاف الی مایعینه اوتعینه اذارضی به .

ولایجب تعیین الحرف الجائزالذی قرئها احدالقراء السبعه بل

بما یختار اذا لم یکن للزوجه مصلحه فی اختیار الاخر او کان اسهل مما یختاره الزوج من دون مشقته فیه علی الزوج وکان الاخذ بقرائه القراء السبعه اوازید من جهته سهوله الامر فی القرائه لامن جهته الضیق فان لهجات طوائف العرب کلهجات طوائف الامم الاخر من الفرس والترک وغیرهما مختلفه اختلافا شدیدا فبملاحظه هذه الاختلافات اجازوا فی قرائه القرآن بما یوافق لغه العرب ولولم یصادف قرائه احدالقراء السبعه بل کان الاخذ بها فقط فی بعض الاحیان موجب الحصول المشقه الشدیده فلاجل ان لایلزم مشقه رخص الشارع فی القرائه بای لغه کان وان کان القرآن منزلا علی حرف واحد والاخبار الوارده فی ردقرائات القراء السبعه وان المراد منها انواع التراکیب من الامر والنهی والقصص ونحوها لایخالف ماذکرناه وبسط هذا الکلام انما هوفی باب القرائه من الصلوه وقدقیل کما عن کاشف اللثام بل الاکثر بعدم لزوم تعیین القرائه الخاصه وعدم تعیین النبی (ص) ذلک علی سهل مع ان التعدد کان موجودا فی ذلک الزمان ایضا واغتفارهذه الجهاله بعدفرض جواز الجمیع وانه الحق وان لم یکن مسئله السهل الساعدی من صغریات هذه المسئله ولعله لم یکن اختلاف بین الزوجین فی القرائه اوکان لهجلتهما متحده وکیف کان لادلیل علی لزوم التعیین .

فتلقین الجائز من اللغات المتداوله لها یوجب برائه الذمه الا ان یکون فی مااختارته سهوله للزوجه من دون عسر علی الزوج واما مع

الاختلاف فيرجع الى ما يختاره الزوج بما معه من القرائه والقرآن .

ثم ان المراد من التعليم، وحده ان تكون مستقله في القرائه كما في تعليم الاطفال القرائه والخط وغير ذلك من الحرف والصنايع من دون خصوصيه في ذلك فلو علمها الجائز بحيث كانت مستقله في القرائه فنسيت ما علمها اياها لايجب عليه مره ثانيه لفراغ الذمه من دون دليل على وجوب الاعاده نعم تعليم الكلمه والكلمتين لايعد تعليما " للقران الا اذا تصادقا عليه وعدم الصدق في هذه الصوره وجواز المهر مثل الكلمه والكلمتين لايخلو من اشكال .

واما ما يظهر من بعض العامه من عدم تحقق التعليم باقل من ثلاث ايات لانها مقدار اقصر سوره وهي اقل ما يقع به الاعجاز - مما لا شاهد له فان بعض الايات القرانيه اطول من بعض السور القرانيه كما لا يخفى والجواز وعدمه ليس منوطا "بما يحصل معه الاعجاز وعدمه .

ثم انه لايعتبر في تعليم الصنعه والسوره العلم بها قبلا بل بعد ما جعلها يمر ويذهب ويتعلم ثم يعلمها ولايفرق في ذلك بين التعليم بنفسه اومع الواسطه لثبوت المهر في الذمه نعم اذا كان في صوره الجهل قادرا على التعلم فلابد من التعلم لتوقف الواجب عليه عقلا ولو لم نقل بوجوب المقدمه من باب الملازمه بين وجوب ذي المقدمه والمقدمه اولم نقل بالوجوب النفسي التهيئي للمقدمه فان العقل يوجب عليه التعليم حتى يفرغ ذمته من الواجب عليه وليس هو من باب التكسب الغير الواجب بل يمكن الخدشه في المقيس عليه في بعض

الموارد اذا توقف اداء الواجب علیه ایضا .

فلو عجزا وتعذر علیه التعلم کان علیه اجره مثل ذلک لکونه قیمه المهربل لوتعلمت من غیره مع المطالبه منه فابی کان علیه ایضا اجره مثل ذلک لان تعلمها لایوجب اسقاط الواجب من الذمه حتی یلزم منه تصرف الزوجه من دون مهر .

ولایفرق فی ذلک بین الاشتراط علیه بالمباشره اومطلقا اواشترطت منافع العین المخصوصه ثم تعذرت بموت وتلف ونحوه اولا کل ذلک من جهته وجوب الوفاء بالعقدوالشرط والمهر وکونه مضمونا علی الزوج حتی یوصله الی الزوجه اوتنتفع به .

ولیس الامهار من قبیل عقدالاجاره فی صوره تعذرتسلیم العین المستاجره اوالعمل الخاص الذی جعل اجره فیها لان عقدالنکاح غیر عقد عقدالاجاره فان الضمان فی الاول ضمان یدوفی الثانی ضمان المعاوضه وبطلان عقدالاجاره فی صوره عدم امکان التسلیم من طرف الاجره والعین المستاجره مما لااشکال فیه وصحه عقدالنکاح فی صوره تعذر تسلیم المهر ایضا مما لا اشکال فیه .

نعم لواستندالتقصیر الیها فی صوره ترک التعلم مع بذله امکن القول بسقوط المهرالمسمی لانه فی حکم الاقباض واتلافه کان من قبلها کما هوظاهر ـ کما انه لوسلمها العین التی تستوفی منفعتها حتی قصرت فی ذلک بعدم الاستیفاء فالظاهرالسقوط ایضا .

***

(فی تبیین ماجعله مهرا من الخل خمرا)

ولو اصدقها ظرفا" علی انه خل فبان خمرا قیل کان لها قیمه الخمر عند مستحلیه ولوقیل کان لها مثل الخل کان حسنا "

وجه التنزل الی القیمه بعدتعذر العین من جهته عدم المالیه لها شرعا ـ ان القیمه اقرب شی الی التالف ومافی حکمه وبعد تحقق العقد علی الشخصی الخارجی اما ان نقول ببطلان العقدکمافی البیع ونحوه من سایر المعاوضات اولا ولامصیر الی البطلان فی النکاح فلابد من عوض العین التالفه وهوالقیمه الاانه یردعلیه عدم قصد المتعاقدین الی الخمر اصلا ولاوقع علیه التراضی فکیف ینتقل الی قیمتها .

ووجه التنزل الی مثل الخل انه بعدعدم امکان التسلیم شرعا لابدمن اعطاء مثله وهوالخل بعدعدم اعتبار الخصوصیه الشخصیه من الظرف وغیره فالخل مثلی یجب ردمثله فکانه فی حکم ما اذاکان المهر خلا تحت سلطنه الزوج وقبل الرد الی الزوجه صارخمرا "فی هذه الصوره یتنزل الی الخل ففی المقام ایضاکذلک من غیر فرق بین الخمر القبلیه والبعدیه والاوفق بالقواعدهوالوجه الثانی وفاقا لجمع من الاصحاب کالعلامه وغیره واما القول الی التنزل الی مهرالمثل فی هذه الصوره کمایترای من صاحب الجواهر ممالایلایم شیئا من القواعدبعد التراضی علی شیی خاص والتنزل عن مهرالمثل اوالترقی عنه .

ثم المسئله فی صوره کون الزوجین مسلمین وا ما اذاکاناکافرین فلا اشکال فیه وکذا اذاکانت الزوجه کافره فانها بعقیدتها لم ینقص منها شیی فاذا دفع الزوج الیها آثما حکم الشرع فانها وصلت الی مالیه مهرها من دون دغدغه فی ذلک وقدتقدم الکلام فی دفع الزوج شیئا لامالیه له عنده الا ان له مالیته عندالزوجه وبالعکس فراجع.

****

وکذا لوتزوجها علی عبد فبان حراومستحقا ویعلم مما ذکره سابقا انه یرجع هذه الصوره ایضا الی مثل المهر لا القیمه ولامهرالمثل قال فی الجواهر ان الرجوع فی مثله الی مهرالمثل اقوی من الاول اذلا مثل للحرکی یدفع عوضه ولاقیمته ودفع قیمته بعدتنزیله عبدا " لم یقع علیها العقد - لکن یردعلیه انه بعدفرض کون الحر عبد الا مانع من مثل العبد اذاکان مثلیا وقیمته اذاکان قیمیا کمااعترف به فی المسالک فبعدالاقرار بکون الضمان فی المهر ضمان یدلایبقی وجه للتنزل علی مثل المهر فی امثال المقام لانه علی هذاالمبنی کماهومختاره بل مختارالکل کان الزوج دفع الی الزوجه شیئا " تخیلت انه عبد فانکشف کونه حرا فلابدمن ضمان الیدهناوهواخذ بدله مهما امکن وهوالمثل فی المثلی والقیمه فی القیمی.

نظیر ذلک مالووقع المهر علی شیی بخیال انه حنطه - فصارارزا اواشارالی الخارج باعتبارخیاله ان له المالیه فانکشف انه ممالا

مالیه له وبتخیل انه فرس اوغنم فانکشف کونه آدمیا " حرا "الی غیر ذلک مما لا یمکن الالتزام بالتنزل فی امثاله الی مهر المثل والتبعیض فی مدلول العقد .

والذی یحسم ماده الاشکال فی جمیع موارد توهمه وفی جمیع الموارد الاتیه التی قالوا فیها فی صوره بطلان شخص المهر بمهر المثل - ان الضمان فی المهر انما هو ضمان الید دون ضمان المعاوضه فکان صاحب المهر بعد ایقاع العقد سلم المهر الی الزوج واودعه لاعلی وجه الامانته فکان المهر بعنوانه الشخصی الذی تعاقد علیه الزوجان موجود عند الزوج فکانه اخذه وصار عنده بعدما صار مهرا " فی العقد فاذا ظهر مستحقا " للغیر فلابد من التنزل الی مثله اوقیمته ومن المعلوم ان ایجاب المثل والقیمه - لیس لاجل اقتضاء العقد ذلک بل لاجل اقتضاء ضمان الید فانه معه اذا کان دفع نفس الشیی ممکنا " یدفع نفسه وان لم یمکن فیتنزل فی صوره الاعواز الی مثله اوقیمته من باب ان دفعهما فی تدارک المالیه اقرب شیی الی التالف اوما فی حکمه فاذا انکشف کان العبد حرا اوالخل خمرا اومستحقا للغیر اوانکشف احد العبدین حرا ففی جمیع المقامات لابد من التنزل الی مثل المهر فی صوره کونه مثلیا وقیمته فی صوره کونه قیمیا " -

وبالجمله بعد القول بضمان الید فی باب المهر کما هو مختار القوم بلا خلاف کما سیاتی التصریح به فمع تمامیه ارکان العقد یکون الزوج ضامنا " للمهر کالودیعه المضمونه والعاریه المضمونه ونحوها -

فالحکم هو قاعده الضمان وقوعه (ص) علی الید ما اخذت حتی تودی وطور اداء الشیی تاره برده واخری باقرب الاشیاء الیه من دفعه مع الارش او رد قیمته ان کان قیمیا ومثله ان کان کذلک فلا جه معه الی الرجوع الی مهر المثل فی امثال المقام.

****

واذا تزوجها بمهر سرا وبآخر جهرا" کان لها الاول ، والظاهر عدم الخلاف فی المسئله عندنا کما فی الجواهر وغیره من غیر فرق بین کون مهر السر زایدا" او ناقصا عن الجهر وسواء کان اوقعا العقد علی المهر سرا" او اوقعاه مبنیا' علی ما قرراه سرا فذکر الثانی ولو فی ضمن العقد یکون لغوا" لانه یستعمل فی المعنی الاول فان التواطی علی المهر المعین وایجاد العقد مبنیا" علیه یرفع کل شک فی البین من دون احتیاج الی استعمال لفظ له معنی فی غیر معناه المقصود للمتعاقدین وقد ذکر فی المقام صور.

منها ما اذا عقدها علی مهر معین سرا ثم عقدها علی مهر آخر معین جهرا" کما هو المعمول بین الناس والظاهر عدم الخلاف فی تقدیم السر علی الجهر لعدم الاراده الجدیه فی المهر بل فی العقد الثانی وفی کونه معمولا بین الناس نظر واضح .

منها ما اذا عقدها علی مهر معین کالفین جهرا الا انهما تواطئا علی اراده الالف من الالفین فهذه الصوره علی نحوین فتاره یصطلحان علی استعمال الالفین فی الف واخری یستعملان الالفین فی معناه من دون

الاراده الجديه فعلى الاول ان قلنا بانه لابدمن مراعات القواعد العربيه فالظاهر بطلان ماذكراه في ضمن العقد فيرجع الى القواعد وان قلنا بعدمه فالظاهر صحه المهروهو الالف بحسب ارادتهما وعلى الثاني بكفايه التواطي فالظاهر هو الصحه وان قلنا بعدمه وعدم البناء عليه فالظاهر الفساد لان المذكور لم يقصد ولم يكن مرادا "وما كان مرادا" جدا لم يذكر في المهر ولم يبين عليه العقد راسا".

ومنها ماذا تعاقدا" على الالفين لكن قصدا على عدم الالتزام الا بنصفه والظاهر في هذه الصوره ايضا القول بالصحه على بعض الفروض وهنا صور طوينا" عنه لعدم فائده مهمه فيها وفي المسئله روايه صحيحه لابد منا لتعرض لها - وهي .

صحيحه زراره بن اعين عن ابي جعفر (ع) في رجل اسرصداقا واعلن اكثرمنه فقال هو الذي اسروكان عليه النكاح، ليس المرادمن اسرار الصداق عدم ابرازه حتى الى الزوجه بل المراد انه اسرمع الزوجه وتواطئا على صداق قليل ثم اظهرا اواظهر بتواطئهما اكثرمنه ومن المعلوم ان الروايه على طبق القاعده فان العقد انما وقع على القليل واظهار خلافه لايضره ولاينافيه .

****

والمهر مضمون على الزوج فلوتلف قبل تسليمه كان ضامنا له بقيمته وقت تلفه على قول مشهورلنا .

الظاهر بين الاصحاب ان الضمان في المقام ضمان يدفي قبال ضمان

المعاوضه فی سایر العقود کالبیع ونحوه والفرق بینهما انه علی الاول یوخذ بمافی ذمته المثل ان کان مثلیا والقیمه ان کان کذلک لانه فی حکم تسلیم الزوجه المهر بعداخذها الی الزوج کما فی العاریه المضمونه والمقبوض بالسوم بل فی الجواهر انه لم یجد قولا بضمان المعاوضته لاحد من الاصحاب وانما هو لبعض العامه اذلوکان ضمان معاوضه لاقتضی تبعیض العقد ضروره عدم انفساخه بتلفه الذی هو لیس باولی من عدمه من اول الامر وانما ینفسخ بالنسبه الیه خاصه وهو تبعیض للعقد من غیر دلیل شرعی فلیس هو الاضمان ید - انتهی قال الشیخ ره فی المبسوط اذا اصدقها شیئا بعینه کالثوب والعبد ونحو ذلک فتلف قبل القبض سقط حقها من عین الصداق لان عینه قدهلکت والنکاح باق ویجب لها مثله ان کان له مثل وان لم یکن له مثل فقیمته وفی الناس من قال لها مهر المثل - انتهی .

والذی یمکن ان یقال فی المقام ان ضمان المعاوضه انما فی الاموال التی یقع التبادل بینهما علی وجه المعاوضه والضمان فیه ایضا" ضمان علی نحو المعاوضه یعنی یجب علی البایع دفع المعوض فی قبال اخذ الثمن وکذلک یجب علی المشتری تسلیم الثمن فی قبال اخذ المثمن بحیث لولم یسلم احدهما لم یکن له اخذ عوضه بمقتضی المعاوضته والتبادل الواقع بین العوضین .

بخلاف المقام فانه مع عدم تسلیم المهر بالتلف لایحکم ببطلان النکاح فلوقلنا بلزوم الرجوع فی هذه الصوره الی مهر المثل لاقتضی

ذلک التبعیض فی مضمون العقد فانه ینفسخ بالنسبه الی المهر المعین ویرجع الی مهرالمثل بخلاف ما اذا قلنا بضمان الید فانه لا یقتضی التبعیض والرجوع الی مهر المثل بل یحکم معه باشتغال ذمه الزوج بمثل المهر التالف ان کان مثلیا وبقیمته ان کان قیمیا" والحق هوالاخیر وفاقا لجمع من الاصحاب فی المسئله بل الاتفاق علیه والمحکم فی المقام بعدالحکم بصحه العقدوعدم انفساخه بتلف بعض المهراوکله اوعدمه هوالرجوع الی ماضمنه الزوج وحکم حین العقد باشتغال ذمته علیه فلابدمن الاخذ فی المقام به (علی الیدما اخذت حتی تودی) بعد کون المهر مضمونا علیه ضمان الیدلا لرجوع الی مهر المثل کما تقدم منافی امثال المقام.

ولوکان المقام من قبیل ضمان المعاوضته لاقتضی اما فسخ العقد کما عن بعض اوالتبعض فی مضمون العقدوهوالرجوع الی مهرالمثل واما الاخذ بقیمه التالف اوالمعیب کماسیاتی اومثله فانما هومن جهته ضمان الید والرجوع الی قاعده علی الید.

وعلی القول بضمان الیدلابدمن الرجوع فی المثلی الی المثل مطلقا وفی القیمی الی قیمته یوم الاداء لان ذمه الزوج مشغوله به حتی یخرج عن ضمانه وهویوم الاداء فلا وجه للاخذ باعلی القیمه اوقیمته یوم التلف اویوم الاشتغال .

***

(فی بیان ضمان المعاوضه والید)

ولووجدت به عیبا کان لها رده بالعیب والرجوع الی قیمته بناء علی ضمان الید ولها امساک بالارش ان رضی به الزوج والوجه فیه ان العقد انما وقع علی السلیم بحیث کانه سلمت السلیم ومن دون عیب الی الزوج وهو معنی ضمان الید فاذا لم تجده کذلک اخذت عوض الفائت اوقیمته المعیب اومثله علی ما تقدم علی طبق القاعده بل اذا لم یرض بدفع الارش فلها الرجوع الی قیمته المهر اومثله بمقتضی قاعده علی الید .

لکن فی الجواهر ما لفظه لکن قد یشکل اولا باقتضاء رده فسخ العقد بالنسبه الیه وهو تبعیض محتاج الی الدلیل .

وثانیا ان مقتضی ذلک الرجوع الی مهر المثل ضروره انه بعد رده بکون العقد خالیا عن المهر والرجوع الی القیمه انما هو فی الواجب بالعقد التالف فی ید الزوج بل یشکل فی الارش ایضا " وان ثبت فی البیع بدلیل خاص انتهی .

وفیه اما اولا ان الرجوع الی القیمه اوالمثل لیس من جهة وجوب الوفاء بالعقد وضمان المعاوضه حتی یقال بالتبعیض فی مضمون العقد فان العقد وقع علی شیئ فرغنا منه ومن مدلوله وهو لزوم دفع السلیم الی الزوجه بمقتضی عقد الزوجیه واما الرجوع الی القیمه فلیس من جهته مقتضی العقد الاول بل من جهته مقتضی قاعده علی الید المحکم فی المقام وفی کل شیئ تالف بعد اخذه عن مالکه والمهر

علی الفرض ایضا کذلک فکانه ماخوذ من الزوجه کالعاریه والمقبوض بالسوم المضمونین - وبالجمله تضمین العقد شیئا وهوالمهر من جهته مقتضاه قد فرغنا منه وهومشغول الذمه بالسلیم ففی مقام الاداء اذالم یمکن دفع السلیم وبماللمهر من الاوصاف فاماان یتراضیا علی اخذالعیب مع الارش فهوواما مع عدمالتراضی فلابد من رجوع الزوجه الی قیمته المهران کان قیمیا ومثله ان کان مثلیا فاین التبعیض فی مدلول العقد واماثانیا" فانه مع ردالمعیوب لایکون العقد خالیا" عن المهر فان المهر مضمون علیه بمقتضی العقد وانماالمقام مقام نحوه الاداء فلایرجع فی المقامالثانی الی مهرالمثل بل لابدمن قیمته التالف اوقیمتهفاقدالاوصاف اومثله وبالجمله کلما یکون اداء للمهر فی مقامه فلاوجه له الیمهرالمثل لعدم کون فاقدالاوصاف من جمله مالامالیته له عندالشرحکالخمر وقدعرفت فیهاایضا الرجوع الی القیمته عندمستحله.

وثالثا ان الرجوع بنسبته مهرالمثل فی المقام کماصرح به فی اخر کلامه لاوقع له بعد عدمالدلیل علیه بل تفاوتالقیمته بین الصحیح والمعیب.

****

(فی ضمان الاتلاف والتلف قبل القبض)

فظهر من جمیع ماذکرناه ان الرجوع الی المهر عندالتلف وعند الوجود وعندماظهر کونه مستحقا للغیر بل وعندعدمالمالیه لهانما هو من جهته ضمان الید لاضمان المعاوضه فاذا لم یمکن رده بای وجه یرجع الی قیمته اومثله واما فی ضمان المعاوضته فمع التلف عند البایع یحکم ببطلان البیع لان کل مبیع تلف قبل قبضه فهومن مال بایعه بل یحکم بالبطلان ایضا عنداتلاف البایع لاطلاق الحدیث فان التلف تاره من الله اوبافه سماویه اوارضیته واخری من البایع فمعه ایضا ینفسخ البیع من حین الاتلاف قضاء لضمان المعاوضه فان معناه ان البایع ضامن لدفع المثمن حتی یستحق اخذالثمن وکذلک المشتری علی عهدته دفع الثمن لیاخذالمثمن فمع التلف اوالاتلاف من البایع لاحق له لاخذ الثمن لانه کان فی قبال ردالمثمن وکذلک البایع لاحق له لاستردادالمثمن اوقیمته اومثله لانه کان له معالبقاء وضمان کل واحدمن العوضین فی قبال الاخر لافی قبال مالیه کل واحد منهما حتی یوخذ مع الاتلاف الی المثل اوالقیمه فان القول به من باب ضمان الید لاضمان المعاوضته ولعل احمدوالشافعی فی احدقولیه القائل بالرجوع الی المثل اوالقیمته فی صوره اتلاف البایع من جهته ضمان الیدفی البیع فهوخلط بین مدلول الضمانین فالمحکم فی باب البیع وسایرالعقود غیرالنکاح هوضمان المعاوضه کما هومختار ابی حنیفه وغیره ومختارالشیخ فی المبسوط وغیره فی غیره والمحکم

فی باب النکاح هوضمان الید فلابدمع القول به من اخذ المثل اوالقیمه علی ماتقدم.

ومع الاتلاف والتلف فی صوره البیع وغیره یکون جمیع منافعه للمشتری لانه یحکم بالفسخ من الحین لامن اول العقدوقدیقال بعدم کونهاللمشتری لکن المشهور هوالاول ولاینافیه قوله (ص) ان الخراج بالضمان - فهولایوجب ان یکون العین قبل القبض فی ضمان المشتری حتی یرجع الی المثل اوالقیمه بل الحدیث ایضا انماهوارشاد الی طریق العقلاء من جهته حکمهم بان من لهالغنم فلهالغرم فلاینا فی الحکم بکون المنافع للمشتری وان کان اصل الضمان من البایع وان کان فی المقام کلام لایسعه المقام.

وبالجمله ان البایع قبل تسلیم المبیع الی المشتری وکذلک المشتری انما ضمنا بتسلیم العین واخذالعوض فی کل واحدمن الطرفین ومن العلوم انهما لم یضمنا الادفع العین واخذالعوض ولم یضمنا شیئا اخرورا ء ما اشتمل علیهالعقد فلیس لهما الادفع العین لادفع العین اولا فان لم یکن فدفع القیمه اوالمثل ای تدارک مالیه العین والعوض ولعمری ان هذا واضح لایعتریه ریب واما ضمان الید فان العین فی عهدته الی ان یخرج منها فهوتاره بدفعها وبدفع ما یتدارک به مالیه التالف مثلا اوقیمتا ".

*****

(فی بیان ضمان المعاوضته والید والفرق بینهما)

ولو عاب بعدالعقد قبل کانت بالخیار فی اخذه واخذالقیمه ولو قبل لیس لها القیمه ولها عینه وارشه کان حسنا" وبعدکون الضمان فی المهر ضمان الید کان لها اخذالمعیب مع التفاوت اوالردواخذ القیمه لان دفع السلیم والجامع للاوصاف واجب علیه وطریق التخلص اما دفع الارش مع قبول الزوجه اذ ربمالایصلح المعیب بحالها وعدم امکان الانتفاع به مع ملاحظه الشئون والشرف اوغیرذلک ومع عدم قبوله بالعیب کان لها مطالبه قیمه المعیب ان کان قیمیا ومثله ان کان مثلیا".

ومقتضی ضمان الید ایضا فی المقام هومطالبته القیمه لا العین مع الارش لان کون المهر سلیما ومن دون عیب ومستجمعا لجمیع الاوصاف فی عهده الزوج حتی یدفعه الی الزوجه فهومشغول الذمه به حتی یدفعه سلیما الی الزوجه فمع عروض العیب بعدالعقد ایضا کان لها مطالبته القیمته مطلقا فلا یفرق بین کونه معیبا قبل العقد او بعده قضاء لضمان الید فی کل واحدمن المقامین منغیر فرق بینهما .

***

ولها ان تمنع من تسلیم نفسها حتی تقبض مهرها سواء کان الزوج موسرا" اومعسرا" والظاهرکون المسئله اتفاقیه بینهم لان النکاح مع الاصداق کسایر المعاوضات فی ان لکل من المتعاملین الامتناع

من التسلیم حتی یاخذالعوض ثم اذا جعلته فی حل فقد قبضته کما فی خبرزرعه عن سماعه فهوایضاوارد علی طبق القاعده بل فی الجواهران الزامها بالتسلیم من دون قبض مستلزم للحرج والعسر والضرر والظلم،علیها لان البضع عوض بالاجماع واستفاضه الاخبار بان مایعطیها الزوج فتمکنه من الدخول به استحل فرجها ـ فلا یصغی معه الی مافی الحدائق تبعا" لنها به المرام انه لیس لها ذلک وان علی کل منهما العمل بوظیفته عصی الاخر اواطاعوفیه ان العمل بالوظیفه انماجاء من قبل اوفوا بالعقودفهولایوجب الزام احد الطرفین بلزوم الوفاء وفی الاخر اولابل انما یوجب علی لزوم الوفاء مع لزوم وفائه بل باب المعاوضه کمافی کل عقدفمع التراضی لا اشکال واما مع الامتناع لابدمن الرجوع الی الحاکم بفصل الخصومه ومع امتناع الزوج عن التسلیم لخوف عدم تسلیم الزوجه فلابدان یسلم الی ثالث یثقان به فلابد اولامن اخذالمهر ثم تسلیم النفس کما قلنا فی سایرالمواردمن المعاملات.

ولایفرق فی امتناع التسلیم مع عدم تسلم المهر بین کون الزوج موسرا اومعسرا" لان الاعسار لایوجب تسلیم احدالعوضین من دون تسلم الاخر والنکاح وان کان فی بعض الاحکام فی حکم غیرالمعاوضته الا انه فی حکمه فی کون المهر عوضا عن البضع وجوازمطالبته المهر لتسلم نفسها منه انماهومن احکام عقدالزوجیه لا انه من الحقوق حتی یسقط بالاسقاط فمطالبته العوض حق معاوضی جاء من قبل عقد

النکاح کالاحکام الاخر فلها ان تاخذ بالمهر فلها ان تنظرالی اجل فمع حصول التمکین منها تستحق النفقه ویاثم فی التاخیرفی صوره الایسار واما مع الاعسار فهل تستحق النفقه اولا وجهان من انتفاء التمکین اذهومتعلق بامر ممتنع عاده ومن کون المنع بحق .

لکن الذی یقرب من الذهن هوعدم استحقاق مطالبه المهر فی کلتا الصورتین لان النفقه انماهوفی صوره التمکین العملی لا التقدیری ومن المعلوم لیس فی المقام تمکین اصلا خصوصا فی صوره الاعسار .

ثم انه لافرق مع عدم الدخول بین کونها قد مکنت منه فلم یقع وعدمه فلها العود الی الامتناع بعدالتمکین الی ان تقبض المهر ویعودالحکم الی ماقبله فان تسلیم نفسها بمنزله اباحته التصرف فی العین المرهونه من جهته المرتهن الی الراهن فان الاجازه لایوجب اسقاط حقه فکذلک فی المقام فان تسلیم نفسها له لیستفید منها لیس اسقاطا للحق وقدیتفق ذلک من جهتهالترحم وغیره مع بقاء حق المطالبه علی حاله فانه من احکام عقدالزوجیه وصرف اباحه التصرف فی بعض الاحیان لغرض لایوجب اسقاط جوازالمطالبه .

(فی انه لایستحق مطالبته المهر مع اسقاط الحق ام لا)

نعم لوکان المهر موجلا من اول الامر بان عقدا علی ذلک فلیس لها الامتناع حتی بعدحلول الاجل ایضا لاستقراروجوب التسلیم علیها قبل الحلول فیستصحب کما عن الاکثر بل التراضی بالعقدانماهومع عدم وقوف تسلیم احدالعوضین علی تسلم الاخر فبناء المعاوضه علی عدم

مطالبه المهر ـ کما انه فی العکس ایضا کذلک ای عقدا علی عدم تسلم البضع فی مده معلومته مثلا فما یظهرمن النهایه ان لها الامتناع بعدحلول الاجل لاوجه له اذمن المعلوم انه بعدحلول الاجل ایضا لیس مساویا للحال من اول الامر فانها اسقط حق المطالبه من قبل نفسها علی مبنی القوم اوشرط علی نفسه عدمالمطالبه والشرط واجبالوفاء علی مااخترناه من کون جوازالمطالبه من الاحکام لا من الحقوق .

وهل لها ذلک بعدالدخول قیل نعم وقیل لا وهوالاشبه لان الاستمتاع حق لزم بالعقد ـ والقائل بالجوازالمفید فی محکی المقنعهوالشیخ فی محکی المبسوط والقائل بعدم الجواز هوالمشهوربل المجمع علیه بین المتاخرین والوجه فیه ان الاستمتاع حق ثبت بالعقد خرج منه الاستمتاع قبل القبضفیبقی الباقی علی حاله .

وقد عرفت ضعفه فان جوازالاستحقاق والمطالبه لیس من الحقوق بل من احکام عقدالزوجیه فمع تسلیم نفسها مره لایوجب ذلک اسقاط حقها منها بل هوالمطابق للقاعده فمع التسلیم مرهاومرارا " لها الامتناع حتی تاخذالمهر اوبعضه فقد عرفتان التسلیم منها فی بعض الاحیان اباحه للتصرف لا اسقاط للحق کما لوصرحت بذلک لما کان به باس ولما کان عبارتها متناقضا ومتهافتا " کما اذا ترحمت للزوج فی بعضالاحیان اواجازت له بعضالاستمتاعات غیرالوطی ایضا فلها الامتناع نعم لوکانت غیرکامله کالمجنونه التی سلمها الولیمندون

قبض المهر وکان فیه مصلحه لها فلیس لها الامتناع فی ما بعد الکمال لان تسلیم الولی شرعی مع الغبطه فلیست هی من جهته حکم الشرع مکرهه علیه حتی یصح منها الامتناع بعد الکمال لان تسلیم الولی کتسلیمها .

ثم انه قدذکر فی المسالک انه هل یشترط فی القبض وقوعه طوعا " ام یکتفی به مطلقا وجهان من حصول الغرض وانتقال الضمان به کیف اتفق ومن تحریم القبض بدون الاذن فلایترتب علیه الاثر الصحیح قال فی الجواهر بعدنقل کلامه والحق ان بعض احکام القبض متحققه کاستقرار المهر بالوطی کرها وبعضه غیر متحقق قطعا کالنفقه ویبقی التردد فی موضع النزاع حیث یدخل بها کرها هل لها الامتناع بعده من الاقباض حتی تقبض المهرام لاونفی الترددفی موضع النزاع عن سقوط حق الامتناع بالوطی عن اکراه قلت یردعلیه ان الظاهر من کلماتهم هوسقوط النفقه فی قبال الامتناع عن الوطی والتمکن فی قبال الامتناع فمع الوطی کیف اتفق حصل مقصود الزوج فلوکانت له زوجه فی داره تمتنع عن الوطی لکنه یضربها ویخوفها ویقیدها احیانا ویوطئها ویستفیدمنها جمیع الاستمتاعات فانه لابدعلیه من النفقه للاطلاقات ومجردامتناعها بعدحصول الوطی وجمیع الاستمتاعات لایوجب سقوط المهر وقدوردانها مع الامتناع تجبر علی الاطاعه بالضرب والشتم الی غیر ذلک ولایعتبر فی ذلک المیل القلبی ومع الاشمئزازمنها غایته یحصل غرض الزوج من دون قصورفی

ذلک والتمکین انما هو من جهته المقدمه لحصول الاستمتاع وقدحصل - وقوله تعالی لینفق ذوسعه من سعته ومن قدرعلیه رزقه فلینفق مما اتاه الله لایکلف الله نفسا الا ما آتیها سیجعل الله بعد عسر یسرا " - آیه ۷ سوره الطلاق یوخذ باطلاقها خرج منه صوره الامتناع عن الوطی من راءس وفی آیات الاحکام للاردبیلی لینفق اشاره الی کیفیه الانفاق علی الزوجه بل مطلقا بان ینفق ذوسعه علی مایلیق بحال مثله من سعته فی المعیشته ماکلا ومشربا وملبسا ومسکنا " ولا یخرج عن ذلک الی الطرفین اسرافا وتقتیرا اللذین هما منهیان والفقر کذلک والیه اشار بقوله ومن قدر علیه رزقه فلینفق مما اتاه الله فلایتکلف تکلف الاغنیاء بل یعطی وینفق مما قدرالله له ولا یکلف بالزائد ولاینقص عن اللائق بحاله فانه منهی عنه - انتهی .

ومن المستبعد فی مذاق الشرع انه یوطی المراه ویطلب منها کراء الدار وثمن الملبس والمشرب بل ومع ذلک لایعطیها شیئا من المهر ایضا علی القول به فی صوره الامتناع فهذا من العجائب .

وسیجی فی باب النشوز انه فی امورکالخروج عن البیت بغیر اذن الزوج کمافی موثقه السکونی عن ابیعبدالله قال قال رسول الله (ع) ایما امراه خرجت من بیتها بغیراذن زوجها فلا نفقه لها حتی ترجع .

وفی تحف العقول عن النبی (ص) انه قال فی خطبته الوداع ان لنسائکم علیکم حقا ولکم علیهن حقا حقکم علیهن ان لایوطین فرشکم

ولایدخلن بیوتکم احدا" تکرهونه الا باذنکم وان لایاتین بفاحشه فان فعلن فان الله قداذن لکم ان تعضلوهن وتهجروهن فی المضاجع وتضربوهن ضربا غیرمبرح فاذا انتهین واطعنکم فعلیکم رزقهن وکسوتهن بالمعروف الی غیر ذلک من الروایات.

ومن المعلوم ان الاطاعه انماهومقدمته لحصول التمکین من الاستماعات من الوطی وغیره فبعد تحققه ولواجبارا ومع الضرب والقیدونحوه لابدمن النفقه ایضا فانها فی قبال الاستمتاعات من الوطی وغیره لولم یمنع عنه مانع شرعی کالحیض ونحوه .

ثم انه ظهر مماتقدم ان الوطی عن کره قبل اعطاء المهرلایوجب علیها سقوط حق الامتناع فانه یصدق مع الاکراه بل الامتناع فی‌قبال القبض هوما اقتضه المعاوضه فلهاالامتناع مطلقاحتی تاخذمهرها الافی صوره التاجیل فی متن العقد.

نعم یمکن ان یقال انه فی صوره التاجیل ایضالهاالامتناع اذا علمت انه لایدفع المهر اولا یقدر علیه بعدالحلول کمافی سایر المعاوضات وهومقتضی عقدالمعاوضه ومع عدم القدره اوعدم الدفع مع القدره لاتلزم بالتسلیم من طرف واحدفانه الزام باحدطرفی العقد من دون الزام للطرف الاخر وهوخلاف مقتضی اوفوابالعقود.

ثم انه لوکانت مریضه اومحبوسه لم یلزم تسلیم الصداق فانه وان کان ملتفتا "لعدم‌تهیوئها معالمرض والصغروالحبس الاانه لم یقدم علی تعجیل حقهاحتی یلزم بالاداء بل اقدامه انماهو علی

علی الزوجیه وهولایلازم دفع المهر عاجلا".

نعم ذکر فی المسالک ان فی الصغیره وجهان من تعذرالتقابض من الجانبین لعدم امکان الاستمتاع وهوخیره الشیخ فی المبسوط ومن ان الصداق حق ثابت وقد طلبه المستحق فوجب دفعه الیه وعدم قبض مقابله من العوض قداقدم الزوج علیه حیث عقد کذلک واوجب علی نفسه المال فی الحال کالعکس لوکان المهر موجودا" وهومختار الجواهر تبعا للقواعد- خلافاللمحکی عن المبسوط والکافی .

الا ان الذی یمکن ان یقال انه اقدم علی الزوجیه وعلی المهر لاعلی المهر معجلا" ولولم یقبض العوض ومحل الاشکال فی الصغیره فیما لم تکن اهلا للاستمتاعات غیرالوطی ایضا" فلوکانت مهیاه لذلک وطلب الزوج من الولی لایبعدالقول بالوجوب الذی هومقتضی عقدالزوجیه اللهم الا ان یقال ان القصدالذاتی فی النکاح هوالوطی فاذا لم یجب دفعها لذلک فلایجب لغیره الا انه بعید- وکون غیرالوطی غیر لازم الاستیفاء فیه مالایخفی کما ان الامساک لغیرالوطی داخلا فی الحضانه فلا یکون اهلالها ممالاینبغی فان الحضانه والتربیه شیی والاستمتاع شی آخر لا ربط لاحدهما بالاخر- فوجوب التسلیم فی المقام مثل وجوبه فی صوره الحائضه والمریضه الکبیره ومجردالخوف من الوطی لایوجب عدم الدفع اذهو یندفع بالمواظبه علیها من عین ونحوه .

***

(فی عدم لزوم الدفع فی الصغیرین)

(وکذا الکبیره مع کون الزوج صغیرا")

ومما ذکر یعلم عدم وجوب دفع المهر لوکانا صغیرین فان الاقدام من الولیین انما هو بالعقد دون دفع المهر حالا وکذا الکلام لوکانت کبیره والزوج صغیر فانه لایجب الدفع ایضا بمقتضی العقد الا ان یشترط ذلک فی متن العقد ـ ففی کل مورد لاتجب النفقه لایجب الدفع کما هو مختار المبسوط لعدم امکان الاستمتاع فانه کما یتم فی النفقه کذلک فی المهر ایضا والعقد لایقتضی دفع العوض عاجلا الا فی صوره الاطلاق فی الکبیرین وغیرهما .

ثم انه لو امتنعت من الاستمتاع لا لاجل اخذ المهر فلایجب فی هذه الصوره ایضا دفع المهر لمقتضی المعاوضه وتسلیم المهر واجب اذا امتنعت لاجل اخذ المهر والمقام لیس کذلک فمع الامتناع لا لاخذ المهر لم تبذل نفسها حتی تستحق بذلک الصداق .

فلو دفع الصداق فامتنعت اجبرت علی التسلیم من الحاکم والحکم ان لم یکن لها عذر لوجود المقتضی لوجوبه وانتفاء المعارض ـ ولیس له استرداد المهر کما فی القواعد وغیره لانه حق علیه لها وانما له الاجبار فی کل مقام کذلک .

الامع عدم دفع الصداق فانه لایلزم بدفعه قضاء لحق المعاوضته نعم اذا دفعها الصداق فعلیه ان یمهلها للتهیوء المتداول فی العرائس من التنظیف والاستحداد والاستحمام وغیره الا ان ذلک من

جهته الاستحباب لا الوجوب مخصوصا اذا طلب الزوج التسليم من دون زينته استحداد فان طليقته الاشخاص مختلفه فان حق الاستمتاع للزوج كيف شاء الا ان يكون مع غير الجهته العقلائيه والفرض ان عدم الزنيه والنظافه الاستحمام لايوجب طريقا" غير مرضيه عند العقلاء .

والمهلة في التهيوء اليهما وفي صوره الاختلاف الى العرف او اليه كما لايخفى . كما انه لاريب في عدم وجوب الامهال لتهيئة الجهاز وبرء الحيض وغيره لامكان الاستمتاع في ذلك كله .

قال في المبسوط ما لفظه فان كان كبيرا" وهي صغيره لايجامع بمثلها فهل عليه نفقتها ام لاقيل فيه وجهان احدهما لها النفقه لان عقد النكاح يقتضي الانفاق فاذا تزوج علم انه على بصيره من الانفاق عليها والقول الثاني وهوا ضعفهما عندنا وعندهم انه لانفقه عليه لان النفقه في مقابله التمكين من الاستمتاع بدليل ان الكبيره اذا نشزت سقطت نفقها لتعذر الاستمتاع .

وان كانا صغيرين فعلى القولين كما لوكان كبيرا وهي صغيره الصحيح انه لانفقه لها .

فاما ان كانت كبيره وهو طفل فبذلت نفسها ومكنت من الاستمتاع فهل لها نفقه ام لا على قولين احدهما لانفقه لها لان التمكين ليس بحاصل ولا امكان الاستمتاع وهو الذي يقوى في نفسي والثاني وهو الصحيح عندهم ان عليه النفقه لانها يجب في مقابله التمكين من الاستمتاع

وقد فعلت وانما تعذر القبض من جهته کما لوجن اومرض

فاما الکلام فی الصداق هل علیه تسلیم الصداق فی هذه المسائل الثلاث منهم من قال علی القولین کالنفقه ومنهم من قال یجب تسلیم الصداق والاقوی عندی انه لایجب کما لاتجب النفقه لان الاستمتاع غیر ممکن ـ انتهی کلامه ورفع فی القدس مقامه فمنه یظهر ان دور ان امر النفقه والمهر انما هو علی الاستمتاع والتمکن منه فاذا وجب وجب فالفرق بین دفع المهر فی صوره الوطی من دون تمکین وعدم لزوم النفقه لایلازم قواعدهم .

****

(فی استحباب قله المهر)

ویستحب تقلیل المهر ویکره ان یتجاوز السنته وهوخمساه درهم قال فی المبسوط والمستحب فیه التخفیف بلا خلاف لما روی عن عائشه ان النبی (ص) قال اعظم النکاح برکه ایسره مونه وروی ابن عباس ان النبی (ص) قال خیرهن ایسرهن صداقا ـ والمستحب عندنا ان لایتجاوز السنه المحمدیه خمس ماه درهم وبه قال جماعه وروی عن النبی (ص) انه ماصدق امراه من بناته اکثر من اثنتی عشره اوقیته ونش انتهی .

ففی معانی الاخبار بسنده عن الصادق قال رسول الله (ص) الشوم فی ثلثه اشیاء فی المراه والدار والدابه فاما المراه فشومها غلاء مهرها وعسر ولادتها واما الدابه فشومها کثره عللها وسوء خلقها واما الدار فشومها ضیقها وخبث جیرانها وقال من برکته المراه خفته مونتها ویسر ولادتها ومن شومها شده مونتها وتعسیر ولادتها .

وفی روایه اسماعیل بن مسلم عن الصادق عن ابیه عن آبائه علیهم السلام قال قال رسول الله (ع) افضل نساء امتی اصبحهن وجها واقلهن مهرا " وفی روایه خالدبن نجیح عنه (ع) قال تذاکروا الشوم عند ابی فقال الشوم فی ثلث فی المراء والدابه والدار فاما شوم المراه فکثره مهرها وعقم رحمها .

وفی روایه الحسین بن خالدقال سالت اباالحسن(ع) عن مهرا لسنه

الى ان قال اوحى الله الى نبيه (ع) ان سن مهورالموء منات خمس ماه درهم ففعل ذلک رسول الله (ص) وايما موء من خطب الى اخيه حرمته فبذل له خمساه درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله عزوجل ان لايزوجه حوراء .

وعن على بن ابراهيم عن ابيه عن حماد، بن عيسى عن ابيعبدالله (ع) قال سمعته يقول قال ابي‌ما زوج رسول الله شيئا من بناته و لا تزوج شيا من نسائه على اكثر من اثنتى عشره اوقيه ونش والاوقيه اربعون والنش عشرون درهما وفى روايه حذيفه بن منصورعنه (ع) قال كان صداق النبى اثنتى عشره اوقيه ونشا والاوقيه اربعون درهما والنش عشرون درهما وهونصف الاوقيه - الى غير ذلک من الروايات الوارده في المقام.

****

وان يدخل بالزوجه حتى يقدم مهرها اوشيئا منه اوغيره ولوهديه ومستند الحكم روايه ابى بصير عن الصادق عليه‌السلام قال اذا تزوج الرجل المراه فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئا منه درهما فما فوقه اوهديه من سويق اوغيره - قصورالسند يوجب عدم افاده الحرمه

وفى روايه بريدالعجلى عن ابيجعفر (ع) قال سالته عن رجل تزوج امراه على ان يعلمها سوره من كتاب الله فقال ما احب ان يدخل حتى يعلمها السوره ويعطيها شيئا قلت ايجوزان يعطيها تمرا " وزبيبا "

قال لاباس بذلك اذا رضيت به كائنا ماكان - ويمكن الخدشته في دلاله الروايه والامرفيها سهل بعدكون الحكم على الاستحباب .

****

الطرف الثاني في التفويض وهو قسمان تفويض البضع وتفويض المهر

اما الاول فهو ان لايذكر في العقد مهرا اصلا مثل ان يقول زوجتك فلانه اوتقول هي زوجتك نفسي فيقول قبلت .

والمراد من هذا القسم عدم ذكر المهر نفيا واثباتا وهو المرادف في المعنى للاهمال وعدم التعرض له اصلا في متن العقد.

ولاسابقا ولاحقا - ومن المعلوم ان ذكر المهر ليس شرطا في صحته العقد فهو صحيح فيرجع الى القواعد الاخر.

***×

وفيه مسائل ذكر المهر ليس شرطا " في العقد فلو تزوجها ولم يذكر مهرا وشرط ان لامهر صح العقد قطعا كما في الجواهر بل هو مقتضى القواعد لان فساد الشرط لايوجب فساد المشروط ولعل المراد من معروفيته بطلان العقد ايضا انما هو بالنسبه الى ظواهر بعض الاخبار اذ الاقوال الظاهره في فساد المشروط مع فساد الشرط والافمقتضى القاعده عدم البطلان .

فمن الروايات صحيح الحلبي عن الصادق(ع) في المراه تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر فقال انما كان هذا للنبي واما لغيره فلايصلح هذا حتى يعوضها شيئا يقدم اليها قبل ان يدخل بها قل اوكثر ولو ثوب

اودرهم وقال یجزی الدرهم .

وفیه مضافا الی قصور فی الدلاله انه لایدل الاعلی جعل المهر لاعلی بطلان العقد ای لابدان یقدم الیها شیئا قبل ان یدخل بها .

ولروایه ابی الصباح الکنانی عنه قال لاتحل الهبه الالرسول الله واما غیره فلا یصلح نکاحا الامهر .

ومرسل عبدالله بن سنان عنه فی امراه وهبت نفسها لرجل اووهبها له ولیها فقال لا انماکان ذلک لرسول الله لیس لغیره الاان یعوضها شیئا قل اوکثر .

****

(فی التفویض وعدم دلاله الروایات)

(علی البطلان فی صوره شرط عدم المهر)

وصحیح زراره عن ابی جعفر (ع) قال سالته عن قول الله عزوجل وامراه موء منه ان وهبت نفسها للنبی فقال لاتحل الهبه الالرسول الله واما غیره فلا یصلح نکاح الابمهر – هذا فی ابواب العقود – واما فی ابواب المهر – قلت اخبرنی عن قول الله الخ قال لاتحل الهبه الخ .

وروایه عبدالله بن المغیره عن رحل عن ابیعبدالله فی امراه وهبت نفسها لرحل من المسلمین قال ان عوضها کان ذلک مستقیما الی غیر ذلک من الروایات التی تنفی عدم الصلاح لا الصحه وهو عباره اخری عن عدم نفوذ هذا الشرط وهذا القرار ویلزم علیه شیی فلاتلازم بین فساد الشرط والعقد کما ان مرجع کلام الشیخ فی الفرض الی فساد الشرط دون العقد – ولذا لم یفسد بفساد مایذکر فیه من المهر الذی هو اعنلم من الشرط باعتبار ذکره بصوره العوض .کما فی الجواهر – وان المعروف بین الاصحاب عدم فساد عقد النکاح بفساد الشرط فیه و قد عرفت عدم صلاحته الاخبار بل ولا الظهور فی فساد العقد بل فی عدم نفوذ الشرط

واما ثبوت مهر المثل بمجرد العقد فی صوره التفویض حتی یکون التفویض باطلا ویثبت مهر المثل بالعقد فمما لاوجه له لان غایه الامر هو السکوت عن مهر المثل واما اثبات مهر المثل بنفس العقد فمما لایدل

علیه السکوت نعم اثبات مهرالمثل فی المقام کاثباته فی سایر المقامات لابنفس العقد.

وقد تقدم شطر من الکلام فی بیان حکم جعل المهرخمرا " وخنزیرا " فراجع .

*****

فان طلقها قبل الدخول فلها المتعه حره کانت اومملوکه ولامهر وان طلقها بعدالدخول فلها مهرا مثالها ولامتعه .

اماالمتعه لقوله تعالی لاجناح علیکم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فریضه ومتعو هن علی الموسع قدره وعلی المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا علی المحسنین سوره البقره آیه ۲۳۶ والسنه المستفیضه بل المتواتره علیه مضافا الی الاجماعات المحکیه فالمسئله من المسلمات فمایظهر عن المسالک وجماعه من الخدشه فی دلاله الایه من استحباب المتعه نظرا الی اخر الایه واضح الضعف فان التعبیر بالاحسان لایقاوم ظهور حقا وظهورکلمه (علی) وبوجوب المتعه قال الاوزاعی وحماد بن ابی سلیمان وابوحنیفه واصحابه والشافعی وعن ابن رشد واما مالک فانه حمل الامر بالمتعه علی الندب لقوله تعالی فی اخر الایه حقا علی المحسنین ای المتفضلین المتجملین وماکان من باب الاجمال والاحسان فلیس بواجب انتهی .

وتبع ما لکا اللیث بن سعد وبن ابی لیلی - علی ما فی الخلاف قال فیه بعد نقل الخلاف والایه وفیها ثلاثه ادله اولها قوله تعالی

ومتعو هن وهذا امر يقتضي الوجوب وثانيها فصل بين الموسع والمقتر فلولم تكن واجبه لما فصل بينهما كصدقه التطوع، لافصل بينهما والثالث قوله تعالى حقا على المحسنين وقوله (على) من حروف الوجوب ثبت انها واجبه وعليه اجماع الصحابه روى ذلك من على عليه الصلوه والسلام وعمر ولا مخالف لها وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين فاضاف المتعه اليهن ثبت انه واجب لهن وقال (حقا على) ظاهر ذلك يقتضي الوجوب .

****

(فی ان فی صوره الدخول الواجب هو)
(مهر المثل واستحباب التعه)

واما الطلاق بعد الدخول فیوجب مهر المثل من دون المتعه کما فی صحیح عبد الرحمن بن ابی عبد الله قال قال ابو عبد الله (ع) فی رجل تزوج امراه ولم یفرض لها صداقا ثم دخل بها قال لها صداق نسائها .

وصحیح منصور بن حازم قال قلت لابی عبد الله (ع) فی رجل یتزوج امراه ولم یفرض لها صداقا قال لاشیی لها من الصداق فان کان دخل بها فلها مهر نسائها .

وصحیح الحلبی قال سالته عن رجل تزوج امراه فدخل بها ولم یفرض لها مهرا ثم طلقها فقال لها مهر مثل مهور نسائها ویمتعها .
راجع التهذیب ابواب المهور والاجور روایه ٩×٢-٣٠-٣١.

والمتعه فی الروایه محموله علی الاستحباب کما فی عده روایات اخر لعدم اختصاصها بصوره عدم الدخول .

فان مات احدهما قبل الدخول وقبل الفرض فلا مهر لها ولا متعه ولا یجب مهر المثل بالعقد وانما یجب بالدخول کما فی صحیح عبید بن زراره قال سالت ابا عبد الله عن امراه هلک زوجها ولم یدخل بها قال لها المیراث وعلیها العده کامله وان سمی لها مهرا فلها نصفه وان لم یکن سمی لها مهرا فلاشیی لها .

وصحیح علی بن رئاب عن زراره قال سالته الی ان قال وان لم یکن فرض لها فلا مهر لها .

وصحیح ابن مسکان عن سلیمان بن خالد قال سالته عن المتوفی عنها زوجها ولم یدخل بها فقال انکان فرض لها مهرا " فلها مهرها وعلیها العده ولها المیراث طلاقها اربعه اشهروعشرا " وان لم یکن قد فرض لها مهرا فلیس لها مهرولها المیراث وعلیها العده .

وصحیح ابی الصباح الکنانی عن الصادق (ع) قال اذا توفی الرجل عن امراته ولم یدخل بها فلها المهرکله ان کان سمی لها مهرا و سهمها من المیراث وان لم یکن سمی لها مهرا لم یکن لها مهر وکان لها المیراث .

وصحیح حماد عن الحلبی عن الصادق وفیه وان لم یکن فرض لها مهرا فلا مهر لها وعلیها العده ولها المیراث .

الی غیر ذلک من الروایات المتضافره راجع الوسائل ابواب المهور ۵۷.

ومهرالمثل انما یجب بالدخول لابالعقد وقول من اثبته بالعقد ضعیف بملاحظه الروایات علی خلافه واما قضیه تزویج بنت واشق فلم یثبت حتی عندالعامه ایضا فضلا عن الخاصه فراجع فی ذلک الخلاف کتاب الصداق مسئله ۱۹.

****

المساله الثانیه المعتبر فی مهرالمثل حال المراه فی الشرف والجمال وعاده نسائها مالم یتجاوزالسنه وهوخمسماه درهم.

المعتبرفی مهرالمثل فی المقام وفی کل موردیحکم به مایلاحظ فیه

حال المراه من الشرف والجمال والعلم والفقه والنجابه والادب والكمال والصنعه والبكاره والسن والعقل واليسار وبالجمله كل ماله دخل في زياده المهر وقلته من جهته رغبته الناس واضدادهذه الامور وبالجمله كل ماله دخل في قله المهر من جهته عدم رغبتهم فيذلك به وهوالمستفاد من الادله الداله على الاخذ بمهر نسائها وصداق نسائها ومهر مثل مهور نسائها الى غير ذلك من التعبيرات الواقعه فيمطاوى الاخبار وتفاوت المهر بتفاوت الشرف والحمال والفقه بل بتفاوت البلدان في غايه الوضوح فلولم يعتبر البلد مثلا لانجر ذلك الى ضرر عظيم اوحرج لايتحمل عاده ومن الواضح تفاوت المهور بالاقارب من جهته الاب والام كما هوالمشهور اذ رب نسب من جهته الام يوجب زياده ورب نسب من جهته الاب يوجب قله ولادليل علىالاختصاص بالاقارب من الاب كما عن المهذب والجامع ومن الواضح ايضا ان اختلاف المقومين في التقويم شيئاخروراء الاخذ بالتفاوت بما ذكرمنالاوصاف فمع اختلافهم يحكم بالسقوط اذالم يتراضيا بالتغيير حتى يقرر الامر بمايرتفع به الاختلاف بل يعتبر مهرالمثل ايضا اذالم يعلم لها اقارب وكذالايبعد اعتبار مهرالمثل بالنسبه الى الازواج ايضا لاختلاف مهرالنساء باختلاف حالات الازواج من العفه واليسار والادب والكمال كماجزم به العلامه قده فيالقواعدفظهرمن جميع ما ذكرنا ان الاختلاف في مهرالمثل بالنسبه اليالمراه شيى وبالنسبه اليالازواج شيى اخر.

ثم الواجب بالدخول هل هو مهرالمثل یوم العقد اویوم الوطی اوالاعلی من یوم العقد الی یوم الوطی وجوه والذی یظهرمن الادله هواستقرارالمهر یوم الوطی وهویوم الثبوت ولایبعدان یکون المیزان هویوم الاستقرار وان اعتبر فی القواعد یوم العقد.

ثم ان المعتبر کما فی المتن وغیره عدم التجاوز عن مهرالسنه وهو خمساه درهم والارداليه وادعوا بذلک الاجماع ودلاله الروایات.

منها روایه ابی بصیر قال سالته عن رجل تزوج امراه فوهم ان یسمی لها صداقا حتی دخل بها قال السنه والسنه خمساه درهم وعن رجل تزوج امراه فی عدتها ویعطیها المهر ثم یفرق بینهما قبل ان یدخل بها قال یرجع علیها بما اعطاها وقال ای امراه تزوجها رجل وقد کان نعی الیها زوجها ولم یدخل الثانی بها قال لیس لها مهر وهونکاح باطل ولیس علیها عده ترجع الی زوجها الاول ـ ابواب المهرمن التهذیب روایه ۳۲ـ الظاهر عدم الخدشه فی السند.

وروایه اسامه بن حفیص وکان قیما لابی الحسن موسی علیه السلام قال قلت له رجل یتزوج امراه ولم یسم لها مهراوکان فی الکلام اتزوجک علی کتاب الله وسنته نبیه فمات عنها اواراد ان یدخل بها فما لها من المهر قال مهرالسنه قال قلت یقولون اهلها مهور نسائها قال فقال هومهرالسنه وکلما قلت له شیئا قال مهرالسنه.

وروایه مفضل بن عمر قال دخلت علی ابی عبدالله علیه السلام فقلت له اخبرنی عن مهرالمراه الذی لایجوز للموءمنین ان یجوزوه

قال فقال السنة المحمدية خمساه درهم فمن زاد على ذلك رد الى السنة ولاشيئ عليه اكثر من الخمسماه درهم فان اعطاها من الخمسماه درهم درهما او اكثر من ذلك ثم دخل بها فلاشيئ عليه.

قال قلت فان طلقها بعدما دخل بها قال لاشيئ لها انما كان شرطها خمسماه درهم فلما ان دخل بها قبل ان تستوفي صداقها هدم الصداق فلاشيئ لها انما لها ما اخذت من قبل ان يدخل بها فاذا طلبت بعد ذلك في حيوه منه او بعد موته فلاشيئ لها.

لكن مجال الخدشه في دلاله الروايات واضحه فاما في روايه ابي بصير فان قوله فوهم هو صوره نسيان ذكر الصداق فكانه كان في المقام معينا وهو خمساه درهم او مهر السنه فنسي ذكر المهر فهي خارجه عن صوره المفوضته التي لم يذكر فيها مهر من راءس اصلا والمراد من المفوضه هو اهمال المهر فيها وعدم التعرض له نفيا" واثباتا من جهته المقدار ومن جهته الاصل.

واما روايه اسامته بن حفص فان قوله فيها اتزوجك على كتاب الله وسنته نبيه قرينه على اراده مهر السنه المتداوله وقوله (السنته) اشاره الى ذلك.

قال في الوسائل بعد عنوان الباب بقوله ويستجب للمراه الاقتصار على مهر السنته - بعد ذكر الروايتين مالفظه اقول هذا محمول اما على انه تزوجها على مهر السنته لما تقدم هنا وفي عقد النكاح وفي المتعه مما يدل على انه كان متعارفا ان يقال الصيغه على كتاب

کتاب الله وسنته نبیه واما علی الاستحباب بالنسبه الی المراه لما مرایضا .

واما فی روایه مفضل بن عمر فقال فی التهذیب بعدنقلها ما لفظه فاول ما فی هذا الخبرانه لم یروه غیرمحمدبن سنان عن المفضل بن عمر ومحمدبن سنان مطعون علیه ضعیف جدا وما یستبد بروایته ولایشرکه فیه غیره لایعمل علیه ثم ان الخبر یتضمن ان المهر لایزاد علی خمسماه درهم ومتی زید ردالی الخمسماه وهذا ایضا قدقدمنا خلافه وان المهر ما تراضیا علیه الناس قلیلا کان اوکثیرا والذی یکشف ایضا عن ذلک وانه لایجب ان یردالی الخمسماه ماروواه محمدبن یعقوب الی ان روی روایه الوشا عن الرضا ـ وفیها جعل مهرها عشرین الفا " وجعل لابیها عشره الاف ـ انتهی کلامه .

مع عدم امکان العمل بذیل الروایه لاجل کونه خلاف الضروره الثابته فی الفقه من ان الدخول لایوجب هدم المهر والعمری ان دلاله الروایه علی الاستحباب اوضح لقوله (الذی لایجوز للموء منین ان یجوزوه) ولقوله (السنه المحمدیه) فان المستفاد من الکلمتین هو جلب العطوفه من جهته ملاحظه بالسنه المحمدیه وایمان الموء منین فلا تدل علی ازید من الاستحباب فی شیی فماوقع من ثانی الشهیدین وبعض من تاخرعنه من الوسوسه فی ذلک بل جزم بعضهم بعدم التحدید بذلک لاطلاق النصوص السابقه الموء یده بظهورا قدامها بلاذکر مهرها کون نظر ها مهرامثالها فی غایته الجوده بعدالاحاطه بما ذکرناه والله العالم .

والمعتبر فی المتعه بحال الزوج فالغنی یتمتع بالدابه اوالثوب المرتفع وعشره دنانیرو المتوسط بخمسه دنانیرا والثوب المتوسط والفقیر بالدینار اوالخاتم وماشاکله ولایستحق المتعه الا المطلقه التی لم یفرض لها مهر ولم یدخل بها .

الوجه فی الاختصاص ثبوت الحکم فی المطلقه الخاصه لقوله تعالی لاجناح علیکم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن اوتفرضوا لهن فریضه ومتعوهن علی الموسع قدره وعلی المقتر قدره واصاله البرائه فی غیرما دلت علیه الایه والاستحباب فی بعض الصور لاطلاق بعض الاخبار .

والمتعه للمطلقات فاما من بانت بالوفات اوالفسخ فلامتعه لها به لان قوله تعالی (وللمطلقات متاع بالمعروف) ٢٤١ للبقره والمطلقات علی ثلاثه اقسام قسم لها المتعه وهی التی لم یفرض لها بالعقد مهرولابعدالعقد وطلقت قبل الدخول بها بقوله تعالی متعوهن علی الموسع قدره وعلی المقترقدره .

وقسم لامتعه لها وهی التی یجب لها بالطلاق قبل الدخول نصف المهر المفروض بالعقد فمتی طلبت یکون لها لفظ المهر ولامتعه لها لقوله تعالی کما تقدم .

وقسم تکون مطلقه بعدالدخول بها سواء سمی لها مهرا اولا فانه لامتعه لها عندنا وانما لها مهرالمثل واستحباب المتعه فی هذه الصوروقال قوم من العامه بالوجوب.

ثم انه هل يلاحظ فی المتعه حال الزوج فقط کما يظهر من الروايه ومن بعض الروايات کما فی صحيح ابی الصباح الکنانی عن الصادق عليه السلام قال اذا طلق الرجل امراته قبل ان يدخل بها فلها نصف مهرها وان لم يکن سمی لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وليس لها عده، تزوج ان شائت من ساعتها.

وصحيح محمدبن مسلم عن الباقر (ع) قال سالته عن الرجل يطلق امراته قال يمتعها قبل ان يطلق قال الله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره الى غير ذلک.

لکن قديقال ان المستفاد من عده من الروايات ملاحظه حال الزوجه کما فی صحيح حماد عن الحلبی عن الصادق فی الرجل يطلق امراته قبل ان يدخل بها قال عليه نصف المهر ان کان فرض لها شيئا وان لم يکن فرض لها شيئا فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء - قال فی الوسائل بعدنقل الروايه هذا يحتمل الحمل على التقيه لان المعتبر حاله لاحالها.

وروايه ابی بصير عن الصادق عليه السلام مثله - الا ان ما عن المبسوط يخالف ما عن الوسائل.

فانه قال فی المبسوط مالفظه واما مقدارالواجب (ای المتعه) فعلى ما يفرضه السلطان والاعتبار بهما جميعا عندنا وقال قوم لااعتبار به لقوله ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقترقدره وهذا

هو الاقوی وفیهم من قال الاعتبار بها بحسب یسارها واعسارها وجمالها وقال قوم قدرالمتعه ثلاثه اثواب ـ درع وخمار وملحفه انتهی .

فمع ذلک فکیف اشتبه علی صاحب الوسائل الامر وقال ان المعتبر حاله لاحالها مع قول الشیخ ان الاعتبار بهما جمیعا والروایه مطلقه لابد من تقییدها بملاحظه حال الزوج ایضا لاعلی ملاحظه حال الزوجه فقط حتی یخالف القرآن ثم انه علی فرض صحه النسبه الی الشافعی وان یکون مراد الشیخ قده هو الشافعی فهو من العجائب اذ کیف صدر من الشافعی فتوی یخالف صریح القرآن لقوله تعالی علی الموسع قدره وعلی المقتر قدره والحمد لله اولا وآخرا وظاهرا وباطنا "وهو الاول والاخر والظاهر والباطن وصلی الله علی محمد وآله الطاهرین .

******
***

عنوان	صفحه

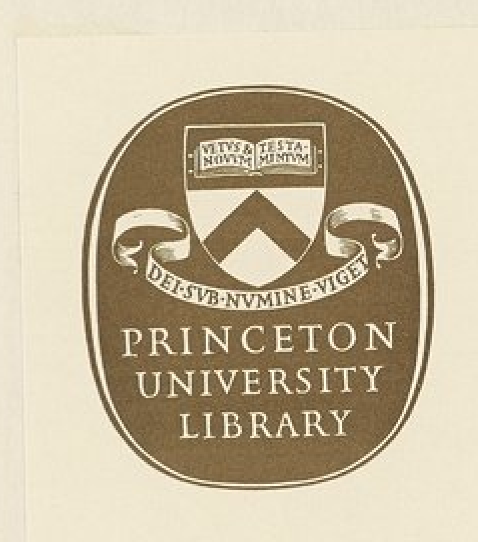
عنوان	صفحه

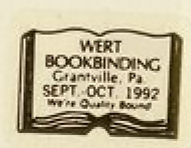
عنوان	صفحه
فی عدم اختصاص الوجه بالقرعه بل الوجه الاخر هو التشریک ایضا	۳۲۵
فی بیان حکم الانفاق بالنسبه علی الزاید علی النصاب	۳۳۰
فی حکم الاختلاف فی الدین	۳۳۴
فی بیان احکام صور العلم الاجمالی بادعاء الرجل والمراه ...	۳۳۷
فی ان المراد من الکفائه هو الاسلام	۳۴۲
فی نقل الاقوال فی المسئله	۳۴۵
فی اخبار الداله علی ان الکفائه هو الاسلام	۳۵۰
فی بیان حکم الناصب	۳۵۷
فی ان الناصب بعض من الفرق الاسلامیه	۳۶۱
فی اختصاص اباحه الدم بالناصب وهو الساب والشاتم	۳۶۳
فی الاخبار الداله علی ان الناصب مسلم ظاهرا لاواقعا "	۳۶۴
فی حکم مال الناصب	۳۷۱
فی الایراد علی السید المجاهد	۳۷۳
فی نقل اقوال الاصحاب	۳۷۴
فی اشتراط الخیار	۳۷۹
فی حق مطالبه الطلاق مع عدم الانفاق	۳۸۶
فی مطالبتها حق الطلاق	۳۹۰
فی ان حکم تخلف الشرط هل یوجب فیه الفسخ ام لا	۳۹۶
فی حکم الزنا السابق علی العقد	۴۰۶
فی حکم الفسخ بالزناء قبل العقد	۴۰۹

عنوان	صفحه

عنوان	صفحه

عنوان	صفحه






Princeton University Library
32101 047105398